

DIRITTI NAZIONALI E COMPARAZIONE

Enrico Camilleri

ILLECITI ENDOFAMILIARI E SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE NELLA PROSPETTIVA DELL'EUROPEAN TORT LAW

« Vice is a monster of so frightful mien,
as to be hated needs but to be seen;
yet seen to oft, familiar with her face,
we first endure, a then pity, then embrace. »
(Alexander Pope, Essay on Man, Epistle II,V)

SOMMARIO: 1. L'immunità familiare alle tutele comuni ed il delinarsi delle condizioni per il suo superamento. - 2. *Segue*. Responsabilità civile e famiglia tra nuova sensibilità ed antiche resistenze: il diverso trattamento di danni endo ed eso-familiari. - 3. Doverosità delle condotte familiari, vincolo giuridico parentale e responsabilità *in tort*: compatibilità. - 4. Violazione dei doveri familiari e paradigmi risarcitori di diritto comune: l'ipotesi della responsabilità *ex contractu* da inadempimento di obblighi di protezione. - 5. *Segue*. Controindicazioni in punto di *policy* e dubbia pertinenza del modello delle *Schutzpflichten*. - 6. Gli illeciti endofamiliari: connotati distintivi della categoria e (sospette) curvature del rimedio aquiliano. - 7. Illeciti endofamiliari e regola di fattispecie. - 8. *Segue*. - 9. *Segue*. Il dolo come limite alla scriminante di esercizio del diritto. - 10. Illeciti endofamiliari, danno non patrimoniale e gravità della lesione: tensioni nell'assetto tipologico della responsabilità civile e convergenze del panorama europeo. - 11. *Segue*.

1. Accade non di rado, in ambito giuridico, che un aspetto specifico, all'apparenza secondario o comunque di dettaglio, di una qualche materia, riveli un punto di osservazione propizio per cogliere le coordinate essenziali di una più complessa trama di regole e principi; né è infrequente, poi, che da quella medesima angolazione defilata sia dato di scorgere il dispiegamento di ulteriori direttrici evolutive, che esorbitano i contorni stessi della intelaiatura normativa originariamente data.

Tale è, ci pare, il caso della disciplina dei rapporti di famiglia, poiché, guardandovi quale possibile scenario per l'innesto del rimedio aquiliano, mentre di primo acchito si è indotti a ritenere necessarie talune curvature a carico di quest'ultimo; ad un più attento esame ci si avvede — almeno per quel che si proverà ad argomentare — che non di torsioni settoriali dell'istituto debba parlarsi, bensì dell'emergere, qui semmai più nitido che altrove, di sue più generali connotazioni, in parte già stabilizzatesi ed in parte ancora in via di assestamento, le une e le altre peraltro bene riannodabili alle linee del disegno, *in fieri*, di un *European Tort Law*.

Certo, non può dirsi nuova, nella riflessione civilistica tanto italiana quanto europea, la questione dell'attingibilità al rimedio risarcitorio di diritto comune in ambito familiare; basti ricordare, ad esempio, il vivace dibattito che ha animato la letteratura di lingua tedesca intorno alle condizioni d'uso ed al regolamento di confini da assegnare all'azione risarcitoria contro il « disturbo » arrecato dal terzo alla relazione coniugale (la c.d. *Ehestörungsklage*) (1). Nuova è però, senza alcun dubbio, la sensibilità che ai più diversi livelli — dogmatico, giurisprudenziale e, da ultimo, legislativo — è andata via via maturando in relazione a tale questione, con l'accreditarsi di soluzioni applicative e l'affacciarsi di prospettive ricostruttivo-sistematiche per lo meno eterodosse rispetto alle coordinate ermeneutiche che erano andate consolidandosi nel tempo.

Seppure si debba già al dettato costituzionale il superamento della tradizionale concezione piramidale della famiglia

(1) Cfr. S. Patti, *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato* (Bari 1999), 79; Id., *Intra-Family Torts*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, a cura di K. Zweigert e U. Drobnig, vol. IV, (Hamburg 1998), 4 s., spec. 15.

L'assenza di una specifica menzione della *Ehestörungsklage* in seno al BGB è stata alla base dei reiterati tentativi di conseguire il medesimo risultato di tutela attraverso una interpretazione estensiva del § 823 BGB, così da farvi rientrare anche la protezione di status familiari e dei relativi diritti. Prevalente è tuttavia, e in dottrina e in giurisprudenza, l'orientamento contrario ad una simile opzione ermeneutica: cfr. B. Markesinis - H. Unberath, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*⁴ (Oxford and Portland, Oregon 2002), 70.

ed il suo riscatto dalle contaminazioni ideologiche che ne avevano fatto un elemento organico e funzionale al disegno dello Stato etico, più esattamente uno « *stabilizzatore dello stato autoritario* » (2), è noto come solo la riforma del 1975 abbia allineato il modello di regolazione giuridica familiare con l'idea « nuova » che del relativo fenomeno sociale si era nel frattempo delineata a livello di costume e coscienza collettiva.

La prospettiva, inedita rispetto al passato, che è andata così consolidandosi, legata alla massimizzazione delle istanze di promozione della persona, se del caso anche in opposizione a confliggenti interessi espressi dal gruppo-famiglia nel suo insieme (3), ha fatalmente segnato una crescente esigenza di irrobustimento delle tutele messe a disposizione dei membri della « *società naturale* », a fronte della avvertita insufficienza di quelle per così dire special, e dato così la stura ad un processo di penetrazione progressiva di congegni e tecniche di diritto comune, che ha investito in primo luogo il contratto — specie con riguardo a tutte le manifestazioni di autonomia privata relative ai profili patrimoniali (4) — ma al quale, seppur

(2) Concezione, questa, che si ritrova tanto nella costruzione hegeliana quanto nelle opere dei teorici della c.d. restaurazione: cfr. H. Marcuse, *L'autorità e la famiglia. Introduzione storica al problema* (Torino 1970 e 2008), 61 s. nonché 83.

(3) Prospettiva di certo propiziata già dalla riconducibilità del corpo intermedio familiare al paradigma generale dell'articolo 2 cost. — sia pure in una con i tratti di singolarità che ad esso pertengono in forza del predicato di « naturalità » che la stessa Carta Fondamentale gli riconosce (art. 29 cost.) — ma che la legge di riforma ha però non solo ribadito ma ulteriormente rafforzato: cfr. P. Rescigno, *Rapporti tra l'individuo e la comunità familiare*, Persona e comunità familiare, a cura di P. Stanzione (Napoli 1985), 40-43: « nell'ambito della famiglia il nodo centrale è la rivendicazione di diritti, libertà, interessi individuali: è un dato storico, di fatto, a cui il nostro sistema ha reagito positivamente » (ivi, 43); G.B. Ferri, *La persona nella vita associata*, Persona e comunità familiare cit., 19 s., spec. 33; P. Zatti, *Famiglia, Familiae - Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, Familia, 2002, 9 s., 17 s.

(4) In argomento cfr., già P. Rescigno, *Appunti sull'autonomia negoziale*, Giur. it., 1978, IV, c. 113. Cfr. altresì G. Ferrando, *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi di antico*, in Pol. dir., 2008, 3 s., spec. 40 s.; M.R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, Riv. crit. dir. priv., 2003, 57 s. A. Zoppini, *Autonomia privata nel*

con maggiore ritardo e tra non poche perduranti resistenze (5), non è rimasta estranea la stessa responsabilità civile.

Se, in altri termini, il principale e più impellente compito demandato alla legge n. 151 del 1975 era di mettere in sintonia la trama delle relazioni familiari con i valori ed i principi del dettato costituzionale — primi fra tutti quelli di uguaglianza e tutela della persona — nonché con le profonde evoluzioni di costume e società, nel frattempo intervenute, tale compito può senz'altro dirsi largamente assolto ed i suoi esiti venire oggi sintetizzati, parlando di una transizione dal modello di *famiglia-istituzione* a quello di *famiglia-comunità* (6). E ciò seppure al netto di talune inevitabili crepe cui i dati positivi, nella loro storicità, sono andati, talvolta repentinamente, soggetti, nel quadro di un processo di trasformazione dell'idea stessa di famiglia e delle sue articolazioni « interne », attuatosi, dal secondo dopoguerra, all'insegna di un dinamismo insolitamente accelerato rispetto al passato (7).

È accaduto, così, che molte delle regole allora introdotte abbiano spiegato da subito tutta la propria carica effettuale ed innovativa: si pensi ad esempio al *nuovo* regime patrimoniale tra i coniugi; o che altre abbiano viceversa costituito premessa per mutamenti più gradualisti e di più lungo periodo, che è stato talvolta necessario assecondare, quando non anche stimolare ed orientare, attraverso interventi della Corte Costituzionale o

diritto di famiglia sessant'anni dopo, Riv. dir. civ., 2002, 213 s.; G. Palmeri, *Il contenuto atipico dei negozi familiari* (Milano 2001), passim.

(5) Cfr. ad esempio, le osservazioni critiche svolte da Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in questa *Rivista*, 2008, 929 s. spec. 935 s.

(6) Chiaro, nella direzione segnalata nel testo, l'*obiter dictum* contenuto in Cass. 10-5-2005, n. 9801, Danno e resp., 2006, 37 s., spec. 40. In parte diverso, com'è noto, l'autorevole insegnamento di L. Mengoni, *La famiglia in una società complessa*, Iustitia, 1990, 12 s., spec. 13, ad avviso del quale la espunzione dei tradizionali connotati verticistici non importerebbe automaticamente l'abbandono della dimensione istituzionale della famiglia. I rischi di una eccessiva deriva individualistica nella stessa visione dei rapporti familiari sono segnalati anche da D. Messinetti, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in Riv. dir. civ., 2005, I, 137 s. spec. 144 e 146.

(7) Cfr. in proposito, le riflessioni di F.D. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in Riv. dir. civ., 2002, 510 s. spec. 513 s. Vedi altresì G. Ferrando, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, 939 s.

dello stesso legislatore ordinario: si pensi alla materia delle azioni di stato e dei rapporti di filiazione in genere (8).

Deve invece collocarsi idealmente a metà strada tra l'uno e l'altro estremo, avendo tratto dalla riscrittura delle regole gius-familiari le condizioni oggettive del proprio realizzarsi, ma non avendo per contro ad oggi espresso tutto il proprio potenziale, il processo di smantellamento di quel sistema di *immunità* di cui la materia dei rapporti di famiglia, o per meglio dire il regime giuridico per essi dettato, aveva tradizionalmente costituito terreno di elezione.

Se, con l'insegnamento della migliore dottrina, adoperiamo il termine « immunità » per riferirci alla « *esenzione del singolo dal diritto comune* » (9), va sottolineato come tale sia stata in effetti la condizione a lungo invalsa per quanti fossero parte in causa di relazioni genitoriali e/o coniugali, per lo meno in ordine al trattamento giuridico riservato alle condotte da essi tenute (o subite) nei confronti (o da parte) di altri soggetti, appartenenti al medesimo nucleo familiare: in sintesi, una esenzione dalle regole comuni di responsabilità aquiliana. Condizione questa, giova subito aggiungere, non sempre ed unicamente frutto di libera scelta individuale, riconducibile cioè alla coppia immunità-autonomia privata, la quale sola fa sì che il primo dei due termini ammonti a declinazione del valore di libertà (10); al contrario, condizione scaturente dal convincimento dominante che il diritto (comune) dovesse arrestarsi sulla soglia di determinati *status* individuali (familiari), o che per lo meno, a fronte di essi, dovesse deviare dal suo corso ordinario.

La sottrazione dei rapporti di famiglia dal perimetro dei comuni rimedi civilistici, ed in particolar modo da quello della responsabilità civile ha costituito in effetti un tratto ricorrente in molte esperienze giuridiche contemporanee, sia pure quale precipitato di una più ampia visione delle relazioni tra fami-

(8) Cfr. S. Pagliantini, *Principi costituzionali e sistema della filiazione*, Persona, famiglia e successione nella giustizia costituzionale, a cura di M. Sesta e V. Cuffaro (Napoli 2006), 507 s.

(9) Cfr. P. Rescigno, *Immunità e privilegio*, in Riv. dir. civ., 1961, I, 415 s., spec. 416.

(10) Cfr. ancora Rescigno, *I rapporti cit.*, 424.

glia e diritto, alimentata da *policies* spesso eterogenee da contesto a contesto.

Così, se nella tradizione anglosassone ha prevalso un sentimento di privatezza delle relazioni domestiche, l'idea cioè di una loro più stretta inerenza al governo della morale che non a quello del diritto *tout court* (11); nella concezione marxista del diritto e dello Stato, riversata — non senza "adattamenti" — nelle legislazioni positive dell'ex Unione Sovietica e di molti Paesi del dissolto blocco socialista, l'alterità della famiglia rispetto al diritto è stata intesa principalmente come alterità dal diritto civile, nel presupposto che ciò avrebbe meglio garantito la messa al riparo della formazione sociale primaria rispetto alle logiche del processo produttivo capitalistico, che ne avevano infatti plasmato (viziato) il prototipo « borghese » (12).

Senonché, mentre negli ordinamenti di *common law*, e segnatamente Gran Bretagna e Stati Uniti (13), quella idea di « sottrazione » alla tutela comune *in tort* ha trovato anche una veste teorica ben definita, attraverso le dottrine, rispettivamente, della « *immunity of spouses* » e della « *oneness of husband and wife* », basate sull'idea di una soggettività dimidiata o peggio "sospesa" per il coniuge di sesso femminile e quale effetto diretto proprio della assunzione dello *status* coniugale (14), in Italia, viceversa, al di là dell'implicito credito di cui

(11) Cfr. F. Ronfani, *Il diritto di famiglia in Europa*, Storia della Famiglia in Europa. Il Novecento, a cura di M. Barbagli e D.I. Kertzer (Roma-Bari 2005), 179 s., spec. 181 s.

(12) Cfr. A. Blum, *Famiglie socialiste?*, 290 s., ove in particolare viene ricostruita criticamente la traiettoria evolutiva (o meglio involutiva) che la regolazione delle relazioni familiari seguì in Unione Sovietica dalla Rivoluzione d'Ottobre in poi (Marcuse, *op. cit.*, 98 e s.).

(13) Non deve tuttavia tralasciarsi di ricordare che mentre il mutamento d'indirizzo del sistema statunitense risale già alla fine del XIX, e più esattamente al *Married Women's Property Acts* del 1892, occorrerà attendere la seconda metà del XX secolo perché una analoga opzione venga adottata anche nell'ordinamento del Regno Unito, precisamente con il *Law Reform (Husband and Wife) Act* del 1962.

(14) Vedi ampiamente S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile* (Milano 1984), 45 s. e P. Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità?*, Riv. crit. dir. priv., 1988, 605 s.

simili impostazioni possono avere in qualche misura goduto, specie nel persistere di una concezione verticistica e patriarcale del gruppo familiare (15) — e come testimoniato, ad esempio, dall'antico *ius corrigendi*, attribuito al marito anche nei riguardi della consorte, oltre che della prole (16) — quella immunità della relazione parentale rispetto all'armamentario privatistico in senso ampio, ha preso piuttosto corpo sotto forma di una riserva « ideologica » non codificata, nutrita dagli interpreti in dipendenza di un certo modo di concepire i rapporti familiari (17).

Centrale è stata infatti l'idea secondo cui la semplice attinibilità ad una tecnica « ordinaria » di tutela — specie poi se risarcitoria — e, di conseguenza, la possibilità per l'un membro del nucleo familiare di pretendere ad esempio l'adozione giudiziale di misure riparatorie in proprio favore, per i danni riportati a seguito di condotte tenute da altro congiunto, avrebbero costituito una « *minaccia della tranquillità familiare e della intimità domestica* », a rischio di venire turbate anche solo dalla prospettiva della instaurazione di un qualche giudizio condannatorio (18). La cornice allargata di riferimento, entro cui questa posizione è maturata, è però senz'altro da scorgerci nella stessa (originaria) visione « codicistica » della famiglia, improntata all'assunto per cui la persistenza in sé del vincolo parentale importerebbe quasi una indifferenza dei soggetti in esso coinvolti, rispetto alle tecniche ordinarie di tutela ed alla regolazione giuridica in genere, come del resto indirettamente testimonia ancor oggi la previsione contenuta nell'ar-

(15) Cfr. F. Pocar - P. Ronfani, *La famiglia e il diritto* (Roma-Bari 1998), passim.

(16) Per una ampia panoramica sui risvolti giuridici che la struttura verticistica della famiglia, eretta sull'autorità del marito-padre, comportava, cfr. G. Ferrando, *Il matrimonio*, Tratt. Cicu - Messineo - Mengoni - Schlesinger (Milano 2002), 32 s.

(17) Lo sottolinea chiaramente S. Patti, *Famiglia e immunità, Persona e comunità familiare*, 97 s., spec. 105-106.

(18) Cfr. i rilievi critici mossi al riguardo da Rescigno, *Immunità e privilegio cit.*, 438, il quale traeva argomenti in senso opposto all'approccio di cui al testo dalla sicura rilevanza penalistica attribuita a determinate condotte tenute in ambito familiare.

articolo 2941 n. 1 c.c., a mente della quale il rapporto di coniugio sospende il decorso della prescrizione (19).

Come si è autorevolmente osservato, l'idea di fondo — non priva peraltro di una persistente attualità — è stata quella per cui « *se non c'è crisi, nell'ambito del singolo nucleo familiare, il diritto è sostanzialmente inoperante, perché la famiglia, al di là ed a prescindere dalla normativa giuridica, troverà da se stessa, giorno per giorno, le regole più idonee per organizzare la propria vita e operare le proprie scelte* » (20).

Ritornando al profilo specifico della tradizionale immunità familiare alla tecnica aquiliana, occorre però aggiungere come essa non sia stata unicamente determinata dalle riserve « ideologiche » appena sopra accennate, concorrendovi infatti anche non meno pregnanti ragioni « tecniche », legate al congegno stesso di responsabilità civile, a lungo appiattito sulla dimensione del diritto assoluto e vieppiù pervaso da una visione eminentemente patrimonialistica delle situazioni da tutelare, sicché giocoforza caratterizzato da una restrizione del proprio raggio di azione al di qua di ogni possibile intersezione con la sfera di rapporti — quali quelli familiari viceversa ampiamente, seppur non esclusivamente, connotati dal tratto della non patrimonialità.

Indiretta conferma di ciò può trarsi, ove necessario, dalla esperienza d'oltralpe, laddove ad una più precoce apertura dei rapporti familiari, e coniugali in special modo, anche al rimedio risarcitorio di marca extracontrattuale, ha fatto sì da retroterra un convinto ripudio della logica propriamente obbligatorio/contrattualistica per l'inquadramento delle relazioni tra coniugi, ma in un contesto nel quale il danno morale, o non patrimoniale in senso ampio, non si è trovato irrigidito entro limiti formali stringenti, come è invece accaduto in relazione al nostro articolo 2059 c.c., stante il riferimento ai « *casi determinati dalla legge* » che tanto pesantemente ne ha a lungo condizionato e circoscritto l'applicazione (21).

(19) Su tale aspetto v. anche Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità* cit., 946.

(20) Così Ferri, *La persona nella vita associata* cit., 30.

(21) Vedi, in tale direzione, le osservazioni di Morozzo della Rocca,

2. Si è già ricordato come la valorizzazione della persona, con tutto quanto vi è connesso in termini di salvaguardia degli interessi che le ineriscono e di tutela della libertà di autodeterminazione, concorra in larga misura, se non proprio ad esaurire, di certo a definire la cifra della legge 151/1975. A questa chiara tensione teleologica della riforma vanno peraltro ascritti due dati di particolare rilevanza sistemica, cruciali rispetto al tema che ci occupa.

Innanzitutto il divenire del « *non diritto* », in ambito familiare, piuttosto l'oggetto di scelte diffuse da parte dei protagonisti di quel genere di rapporti sociali, che non l'espressione di una opzione di *policy*, seppure non affidata alla esplicita lettera della legge (22). Non più, in altri termini, una programmatica marginalità dei profili di regolazione giuridica della famiglia, al più circoscritti ad interventi rivelatori di una visione paternalistica, quando non già schiettamente autoritaria, da parte dello Stato (23); bensì, all'opposto, un ordito coeso nella trama ed univoco nelle finalità « promozionali », ma tale, al

Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità? cit., 610 s., spec. 614. Vero è tuttavia che il legislatore d'oltralpe ha reputato necessario ricorrere a norme *ad hoc*, quali ad esempio l'art. 266 cod. nap. in tema di danni risarcibili posti a carico del coniuge al quale sia imputabile lo scioglimento del vincolo coniugale. Riprova, questa, ad avviso di qualche autore, dei limiti di innesto del rimedio generale aquiliano in ambito familiare e della necessità di suoi adattamenti mediati da specifici interventi normativi: cfr. Nicolussi, *Obblighi* cit., 950.

(22) Sull'ambito dei rapporti familiari come terreno di scelte diffuse di non diritto, in cui cioè, per lo meno in condizioni di fisiologia, « *per qualche istante di diritto vi sono lunghi giorni di non-diritto* » cfr. J. Carbonnier, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, trad. it. e saggio introduttivo di A. De Vita (Milano 1997), 32-33. Sulla privatizzazione del rapporto coniugale e, parallelamente dunque, sul deperimento di centralità dell'istituto matrimoniale cfr. anche le suggestive pagine di I. Thery, *Le démarriage: justice et vie privée* (Parigi 1996), spec. 46 s. In merito alla necessità di ascrivere la tradizionale immunità delle relazioni familiari dall'operare delle regole aquiliane, più al comune sentire degli interpreti, che non a scelte formalizzate in norme positive, cfr. ancora Rescigno, *Immunità e privilegio*, 438, nonché Morozzo della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità* cit. 608.

(23) Vedi, in proposito, l'analisi che P. Ronfani dedica alle evoluzioni del diritto di famiglia in ambito europeo: Id., *Il diritto di famiglia*, Europa, Storia della Famiglia in Europa. Il Novecento cit., 179 s.

tempo stesso, da lasciare in prima istanza campo libero a scelte individuali di non giuridicità, specie per tutto quanto attiene alla fisiologia dei rapporti coniugali (24). Inoltre, il mutare di segno della regolamentazione data, venendone cioè decisamente spostato il pendolo dal polo pubblicistico a quello privatistico (25). Non solo e non tanto nel senso di una riappropriazione degli spazi familiari da parte dello *ius civile* e dell'autonomia privata (26), quanto piuttosto in chiave di centralità assunta dalla persona, elevata a baricentro e limite esterno dell'intervento del giudice come di quello del legislatore, persino ove questo ultimo si realizzi mediante misure che, *prima facie*, rimandino ad interessi « generali » e che come tali appaiano dunque maggiormente connotate in senso pubblicistico: emblematico, a tale proposito, il caso dei c.d. ordini di protezione contro abusi in ambito familiare, fatti oggetto, ad opera della legge 4 aprile 2001 n. 154, degli artt. 342-bis e ter c.c. (27).

Ebbene, proprio in uno scenario siffatto, caratterizzato

(24) Cfr. in tal senso le pagine di V. Scalisi, *La famiglia e le famiglie, La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo, Bilanci e prospettive* (Padova 1986), 270 s.

(25) Cfr. ancora Ronfani, *Il diritto di famiglia* cit. 203 s.

(26) Circostanza pure in sé verificata sol che si considerino ambiti come quello della separazione personale. Le indicazioni a favore di più ampi margini a favore dell'autonomia privata all'interno della famiglia precedono, invero, la riforma del 1975: basti, per tutti, ricordare il fondamentale saggio di F. Santoro Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, Saggi di diritto civile*, vol. I (Napoli 1961), 381 s. Non si può tuttavia tralasciare di ricordare quanto complesso e dibattuto sia stato, già all'indomani della legge di riforma, il tema costituito da finalità ed ampiezza dell'ingerenza statale nella materia familiare, specie in relazione alla previsione espressa di interventi giudiziali. Sul punto ci si limita a rinviare a V. Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale* (Bologna 1981), nonché ai molti e densi contributi raccolti nel volume di AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra « pubblico » e « privato »* (Milano 1979).

(27) In senso analogo possono poi ricordarsi le previsioni penalistiche di cui agli artt. 609-ter, n. 5 e 609-quater n. 2 c.p., introdotte dalla legge 15 febbraio 1996, n. 66. Un atteggiamento autoritario e sanzionatorio da parte del legislatore non ha mancato, d'altra parte, di essere sottolineato in relazione all'articolo 709-ter c.p.c.: cfr. D'Angelo, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, *Famiglia*, 2006, 1031 s., spec. 1037 s.

dalla centralità dell'individuo e delle istanze di sua « emancipazione », e reso ancora più univoco da convergenti indicazioni di livello europeo e sovranazionale in genere (28), matura la intersezione, ormai sempre più estesa e salda, tra famiglia e responsabilità civile. Intersezione la quale, peraltro, suggella meglio di altri aspetti proprio il tramonto della stagione delle « immunità » ed il definitivo subentrarvi di quella che è stata felicemente descritta come stagione di « privatizzazione » delle relazioni familiari (29).

Per vero, lo spiraglio a partire dal quale, con l'avallo della legge n. 151/75, si sarebbe poi meglio definito uno spazio operativo del rimedio aquiliano in seno ai rapporti familiari suole reputarsi creato *iure praetorio*, e lo si rinviene precisamente in una datata pronunzia piacentina, con cui venne affermata la responsabilità extracontrattuale di una coppia di genitori naturali, colpevoli di avere trasmesso, per via ereditaria, la sifilide alla propria figlia (30). Va però osservato come la sentenza del Tribunale di Piacenza abbia al più spianato la strada a che il rapporto genitore-figlio, e più in generale ogni rapporto familiare, non si traduca in un ostacolo all'operatività di una tutela aquiliana per il resto di indubbio fondamento (31), senza

(28) Si vedano le molte disposizioni della c.d. Carta di Nizza, che enfatizzano la centralità dei diritti personali pure nell'ambito delle relazioni familiari; analogamente, la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo: cfr. F. Ruscello, *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, *Famiglia*, 2001, 697 s.; G. Ferrando, *Le relazioni familiari nella carta dei diritti dell'Unione europea*, *Pol. dir.*, 2003, 347; Id., *Il diritto di famiglia oggi* cit., 31 s.

(29) Cfr. Zatti, *Famiglia, Familia - Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia* cit., 31 s.; cfr. altresì Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo* cit., 216 ove la recuperata fruibilità del congegno aquiliano in ambito familiare viene letta quale suggello del processo di affermazione dell'autonomia privata.

(30) Cfr. Trib. Piacenza, 31-7-1950, *Foro it.*, 1951, I, 987 s., con nota di M. Elia, *Responsabilità del genitore verso il figlio ereditario?*, nonché *Postilla* di F. Carnelutti 989-990.

(31) Per quanto mirato a neutralizzare obiezioni attinenti alla mancata esistenza in vita del danneggiato al momento del compimento della condotta lesiva, significativo deve valutarsi, anche nella direzione di cui al testo, l'inciso contenuto nella motivazione della sentenza citata, secondo cui « se è fatto illecito trasmettere la lue a persona già esistente, non si vede perché

anche ammontare ad autentico prologo di quel « raddoppio rimediale » che è sotteso, come meglio si dirà, agli illeciti intrafamiliari, allorché infatti, in relazione ad essi, il rimedio comune *in tort* mostri normalmente di affiancare una qualche tutela « propria », prevista dal Libro I del codice civile.

Da questo punto di vista, dunque, è semmai più corretto additare quale vero e proprio *revirement* giurisprudenziale la pronunzia della Suprema Corte di Cassazione n. 7713 del 2000 (32), con cui, nel solco già abbozzato in una pronunzia di legittimità della metà degli anni Novanta (33), è stata affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale (*rectius*: esistenziale) in favore del figlio a cui il padre — peraltro dichiarato tale solo all'esito di un giudizio ai sensi dell'articolo 274 c.c. — avesse sempre rifiutato il riconoscimento, ed a cui avesse dunque fatto mancare i necessari mezzi di sussistenza, in tale condotta ravvisandosi, infatti, a giudizio del Supremo Collegio, una lesione di diritti fondamentali della persona, salvaguardati dalla Carta Costituzionale, a prescindere dal ricorrere o meno anche di danni di indole patrimoniale.

Resta comunque il fatto che, decisive per quanto siano state la nuova *Weltanschauung* familiare suggellata dalla riforma del 1975, da un canto, e le aperture giurisprudenziali, dall'altro, si incorrerebbe in un errore, per così dire, storiografico ove non si sottolineasse il ruolo decisivo che, rispetto all'inedito convergere tra responsabilità civile e famiglia, ha giocato il completamento della traiettoria evolutiva di cui la prima è stata protagonista, abbandonando il piano asfittico del

non lo debba essere ugualmente la trasmissione ad una persona futura » : cfr. Trib. Piacenza cit., 991. Da questo punto di vista non v'è dubbio che la pronunzia in argomento possa venire riguardata come *leading case* di quella controversa figura che è costituita dal c.d. danno da procreazione: cfr. P. Rescigno, *Il danno da procreazione*, Riv. dir. civ., 1956, I, 614 s.; Patti, *Famiglia e responsabilità civile* cit., 111 s.

(32) Cass. 7-6-2000 n. 7713, Fam. e dir., 2001, 159 s., con nota di M. Dogliotti, 164 s.

(33) Cfr. Cass. 26-5-1995 n. 5866, Giur. it., 1997, I, 843, ove i giudici di ultime cure, seppur escluso che l'addebito in sede di separazione possa di per sé costituire fonte di responsabilità, hanno tuttavia chiarito che un esito aquiliano sia comunque prefigurabile allorché i fatti causativi dell'addebito siano suscettibili di integrare fatto illecito rilevante *ex art.* 2043 c.c.

diritto soggettivo assoluto ed attestandosi, ormai saldamente, su quello ben più articolato dell'interesse giuridicamente protetto; ed ancora, assumendo con pienezza di significato, e tanto più oggi alla luce del pronunciamento delle Sezioni Unite risalente al novembre 2008 (34), quella morfologia bipolare tra danni (risarcibili) patrimoniali e non che, seppur già nelle norme, è stata tradizionalmente svilita quando non svuotata di senso, per via della riduzione del polo « non patrimoniale » (art. 2059 c.c.) alla sola figura del danno morale subiettivo (35).

Se questi sono dunque gli assi lungo i quali è maturata via via la rottura del sistema di immunità familiare rispetto alla tutela comune, e segnatamente a quella di marca extracontrattuale, deve però aggiungersi che un quadro così profondamente evolutosi rispetto al passato non va esente né da zone d'ombra, né tantomeno da resistenze o, peggio, incongruenze.

Queste emergono anzi copiose, specie in corrispondenza dell'area ove più intensa si è misurata tradizionalmente la immunità dal rimedio comune *in tort*: l'area cioè disegnata dalle condotte (potenzialmente) lesive sotto il profilo aquiliano, che ammontino però innanzitutto a violazioni di prescrizioni com-

(34) Cfr. Cass. s.u., 11-11-2008 nn. 26972, 26973, 26974, 26975, Danno e resp., 2009, 19 s.

(35) Cfr. in proposito già le analisi di F.D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, Riv. crit. dir. priv., 1988, 643 s. e C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in questa *Rivista*, 2003, 123 s. Nel segno di una più decisa versatilità della responsabilità civile a protezione della sfera di interessi non patrimoniali facenti capo alla persona, si vedano anche le molteplici previsioni extracodicistiche che prefigurano tutele risarcitorie in relazione ad ipotesi quali le condotte discriminatorie ovvero le violazioni concernenti la protezione dei dati personali: per una sintetica ricognizione cfr. Ferrando, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile* cit., 398 nt. 18. Per una critica al persistere di un codice binario nell'impianto della responsabilità civile M. Barcellona, *Danno non patrimoniale* (Milano 2008), passim, spec. 119 s.; analogamente, seppure nella ottica precipua di privilegiare una lettura strutturalistico-funzionale della responsabilità civile, cfr. A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica « bipolare » alla teoria generale e « monocentrica » della responsabilità civile). Parte I - Ingiustizia, patrimonialità e risarcibilità del danno nel « law in action »*, Riv. crit. dir. priv., 2003, 9 s.; Id., *Il danno ingiusto* cit., Parte II, 219 s.

portamentali proprie del diritto di famiglia. In altri termini, l'area che viene normalmente indicata come dei danni endo o intra familiari.

A conferma di ciò, e rinviando al prosieguo per la disamina delle questioni interpretative per così dire tutte « interne » a tale categoria ed alla sua collocazione sistematica, mette qui conto di evidenziare un *quid* di paradossale che si invera solo che questa venga messa a confronto con quella, pur diversa, costituita dai danni c.d. eso-familiari, con ciò intendendosi le lesioni (risarcibili) riportate dal singolo, in dipendenza e per effetto di condotte — immediatamente produttive di danno ingiusto — che un terzo abbia tenuto nei riguardi di un proprio congiunto (36).

Eterogeneità che un'angolazione squisitamente soggettiva mette certo in rilievo, allorché infatti nell'un caso il rapporto familiare lega due danneggiati (danneggiato primario e danneggiato « di rimbalzo ») mentre nell'altro direttamente autore e soggetto passivo della condotta dannosa; e che prende meglio corpo intorno alle specificità che caratterizzano le due tipologie di situazioni lesive (37), senza tuttavia allontanarle del tutto dalla matrice ad esse comune.

Seppur con diversità di accenti, ad entrambe le ipotesi fa infatti da sfondo l'idea della famiglia come formazione sociale per antonomasia, ossia, in chiave costituzionale (art. 2 cost.), come luogo principe deputato alla realizzazione materiale e spirituale dell'individuo; e, parallelamente, entrambe le categorie di danni risarcibili si prestano ad esaltare tutto il potenziale protettivo che è sotteso ad una nozione di danno non patrimoniale ora coestesa all'idea stessa di persona (38).

Ciò nonostante, è accaduto che sia risultata, nel complesso, meno problematica la identificazione di un danno in-

(36) Per una visione di insieme di questa categoria cfr. P. Ziviz, *Illeciti familiari e categorie del danno alla persona, Rapporti familiari e responsabilità civile*, a cura di F. Longo (Torino 2004), 147 s.

(37) Cfr. già F.D. Busnelli, *Figure controverse di danno alla persona nella recente evoluzione giurisprudenziale*, Resp. civ. prev., 1990, 469 s.

(38) Così C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile* (Milano 2006), 55.

giusto, per l'appunto (anche) di tipo non patrimoniale, in relazione alla lesione arrecata da un terzo alla sfera familiare (i.e. danno eso-familiare), che non al pregiudizio riportato da un singolo direttamente ad opera di un proprio congiunto e quale conseguenza di violazioni attinenti alla sfera delle relazioni coniugali o genitoriali.

Ed infatti, la lesione personale, o peggio la uccisione, di un congiunto ad opera di un terzo, già riguardate, ove ne ricorressero i presupposti (reato), quali fonti di danno morale soggettivo a favore dei familiari della vittima (39), ed in un secondo momento elevate a fattispecie costitutive di danno patrimoniale a carico di costoro (40), non solo sono state ritenute dalla Consulta, ed in tempi ormai relativamente lontani, potenziali scaturigini anche di un danno alla salute, risarcibile *iure proprio* al familiare della vittima primaria (41); ma hanno fi-

(39) In argomento v. già A. Trabucchi, *Spettanza del risarcimento per l'uccisione di una persona*, Giur. it., 1947, I, 1, 148 s.; R. Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, For. pad., 1960, 1426; per il riconoscimento del danno morale anche ai congiunti della persona lesa ma rimasta in vita, anziché solo ai familiari della vittima v. altresì F.D. Busnelli, *La réparation du pretium doloris*, Rapports nationaux italiens (XI Congr. International de Droit Comparé), (Milano 1982), 150; Patti, *Responsabilità civile e famiglia* cit., 201 s. ma spec. 205; C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia* cit., 124 s., spec. 145 s. L'orientamento favorevole, è stato espresso con estrema linearità da Cass. 23-4-1998 n. 4186, Danno e resp., 1998, 687 s.; analoga conferma viene usualmente tratta da Cass. s.u. 1-7-2002 n. 9556, Foro it., 2002, 3060, che tuttavia, per la fattispecie da cui prende le mosse e per il principio di diritto affermato, non manca di sollecitare taluni distinguo quando non perplessità: cfr. ancora Castronovo, *La responsabilità* cit., 151-152.

(40) Nel solco di fondamentali contributi della dottrina (v. per tutti F.D. Busnelli, *La lesione del credito da parte dei terzi* (Milano 1964), 90 s. la giurisprudenza è giunta ormai a riconoscere simile posta di danno in capo ai congiunti della vittima o della persona menomata nella sua capacità redittuale, anche a prescindere dalla attualità di una qualche circoscritta obbligazione periodica a carico del danneggiato « primario » nei riguardi dei congiunti (ad esempio un assegno di mantenimento), ma più in generale in funzione anche della semplice aspettativa di contributo economico: cfr. Cass. 7-11-2002 n. 15641, Danno e resp., 2003, 618. Analogamente, sebbene in presenza di un contributo comunque attuale, per quanto spontaneo, accordato dalla vittima ai propri figli cfr. Cass. 14-7-2003 n. 11003.

(41) Ci si riferisce, naturalmente, a Cort. cost., 27-10-1994 n. 372, Giur. cost., 1994, 3129 s. Sul punto v. ampiamente Castronovo, *La nuova re-*

nito con l'accreditarsi quali fattispecie sicure di pregiudizio di tipo esistenziale (per l'esattezza un danno da perdita del rapporto parentale), persino presso quella giurisprudenza che più critica si era mostrata intorno a tale ultima controversa nozione di danno (42).

Di più, quello del risarcimento *iure proprio* di *pecuniary* e *non pecuniary losses* in favore dei familiari della vittima, si segnala finanche come uno dei punti di coagulo di regole comuni, a livello europeo (43), in tema di responsabilità civile, come ad esempio bene testimoniano gli articoli 10.202, comma 2, e 10.301, comma 1, del *Principles of European Tort Law* (44); ovvero ancora l'art. 2:202 dei Principi di « *Non Contractual Liability* » — redatti dallo *Study Group on a European Civil Code* ed oggi confluiti nel *Draft Common Frame of Reference* — rubricato « *Loss Suffered by Third Persons as a Result of Another's Personal Injury or Death* ».

Al che deve ancora aggiungersi che è sempre la fattispecie della lesione (esistenziale) da perdita o menomazione del rapporto parentale a rivelare oggi una sostanziale resilienza a

sponsabilità civile cit., 71 s. Cfr. altresì F.D. Busnelli, *Tre punti esclamativi, tre punti interrogativi, un punto e a capo*, (nota a Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372), Giust. civ., 1994, I, 3035 s.; M. Franzoni, *Il riconoscimento del danno non patrimoniale da uccisione di un familiare*; M. Sesta (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari* (Torino 2008), 389 s., spec. 399.

(42) Cfr. Cass. n. 15022 del 2005, *Dir e giust.*, 2005, 40, 37. Sulla risarcibilità di poste non patrimoniali di danno e, tra queste, dello stesso danno esistenziale, in favore dei congiunti di un danneggiato primario, rimasto o meno vittima della condotta illecita altrui, cfr. Ziviz, *Illeciti familiari* cit., 151 s.

(43) Cfr. C. Van Dam, *European Tort Law* (New York 2006), 325 s.; H. Koizol, *Wrongful Death - Basic Questions, Tort and Insurance Law Yearbook, European Tort Law*, 2006, (Wien-New York 2006), 28 s., spec. 33.

(44) La prima delle disposizioni richiamate nel testo recita, infatti: « In the case of death, persons such as family members whom the deceased maintained or would have maintained if death had not occurred are treated as having suffered recoverable damage to the extent of loss of that support ». A sua volta, l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 1.301 prevede che « Non pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non fatal injury ».

fronte del *repulisti* operato delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale (45).

Vero è infatti che con l'*arrêt* del novembre 2008 i giudici del Supremo Collegio hanno ribadito con nettezza l'unitarietà del danno risarcibile *ex art.* 2059 c.c. ed in questa chiave assegnato anche alla sottocategoria in esame — al pari di quelle del danno morale subiettivo, del danno biologico e del danno esistenziale — un valore meramente descrittivo (46). Non può tuttavia sfuggire come persino alla stregua del nuovo corso esegetico il Supremo Collegio non abbia mancato di ribadire la sicura riconducibilità all'alveo della norma di chiusura del Titolo IX, Libro IV, della « *tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia* (artt. 2, 29 e 30 cost.) » (47), specificando anzi che « *In assenza di reato, e al di fuori dei casi determinati dalla legge, pregiudizi di tipo esistenziale sono risarcibili purché conseguenti alla lesione di un diritto inviolabile della persona. Ipotesi che si realizza, ad esempio, nel caso di sconvolgimento della vita familiare provocato da perdita di un congiunto* » (48).

Ebbene, non v'è chi non veda come ciò tanto più appaia

(45) La differenza principale attiene all'impiego, ora solo descrittivo, che il Supremo Collegio fa delle lesioni di tipo c.d. esistenziale parlando infatti di « *pregiudizi che, in quanto attengono all'esistenza della persona, per comodità di sintesi possono essere descritti e definiti come esistenziali, senza che tuttavia possa configurarsi una autonoma categoria di danno* »: cfr. Cass. s.u., 11-11-2008 n. 26972, par. 3.4.2.

(46) Per una critica all'approccio delle Sezioni Unite v. però R. Scognamiglio, *Danni alla persona e danno morale*, *Riv. dir. priv.*, 2008, 463 s., spec. 481 s.; P. Cendon, *L'urlo e la furia*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 71 s. Condivide la nettezza con la quale le Sezioni Unite hanno fatto giustizia della categoria « *scarsamente credibile* » del danno esistenziale, ma non anche la rimodulazione in senso costituzionale dell'articolo 2059 c.c., poiché foriera di un aggiramento di fatto del « *vincolo della espressa previsione di una legge ordinaria, che poi non è altro che il vincolo di un'ingiustizia particolarmente qualificata* », S. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2050 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, *Contr. impr.*, 2009, 589 s., spec. 604.

(47) Cfr. ancora Cass. s.u., 11-11-2008 n. 26972, par. 2.7. Vedi, in proposito, i rilievi critici di C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, *Danno e resp.*, 2009, 5 s., spec. 7 s.

(48) *Id.*, *sub* Par. 3.4.2.

singolare quanto solo si consideri che mentre nell'un caso (danni eso-familiari), specie ove si guardi alla evoluzione giurisprudenziale più recente, la lesione dei valori inerenti la persona viene necessariamente mediata dalla lesione della relazione familiare di cui la stessa era parte (49); nell'altro, come si avrà modo di precisare meglio, il danno matura, per così dire, in presa diretta sulla sfera personale del danneggiato, atteso che la violazione della prescrizione comportamentale « propria » concorre a designare la condotta materiale lesiva anziché la lesione in sé (danno ingiusto).

3. La prospettiva della responsabilità civile chiama subito l'interprete a dipanare una questione dirimente, circa la ammissibilità stessa della categoria degli illeciti endo-familiari: quella riguardante, ancora una volta, la compatibilità tra rimedio aquiliano e rapporto di famiglia.

Questione antica, si direbbe, seppur oggi da intendere in termini ben diversi rispetto a quelli secondo i quali la si è di consueto affrontata.

Non si tratta infatti di interrogarsi su quella compatibilità muovendo dalla precomprensione ideologica di una necessaria immunità familiare al diritto comune, né adottando la chiave di lettura, « tecnica » eppure non diversamente conducente, della specialità/autosufficienza dei rimedi gius-familiari (uno

(49) In parte diversa, al riguardo, l'analisi di Castronovo, ad avviso del quale, nelle ipotesi di danni derivanti da uccisione o lesione del congiunto, la lesione sarebbe sì riflessa ma legata pur sempre — al pari dei casi di danni endofamiliari ad una lesione primaria costituita dalla offesa alla integrità della vittima e non già dall'attentato alla *societas* familiare: « *Richiamarsi all'art. 29 cost. per fondare il risarcimento del danno alla persona patito dal familiare della vittima del fatto illecito significa cadere in una chiara forzatura* ». Vale tuttavia, in questa sede, riportarsi all'insegnamento di Rescigno, *Rapporti tra l'individuo e la comunità familiare* cit., 42 secondo cui, nei rapporti della famiglia con i terzi, il singolo è considerato quale partecipe della comunità e rileva la comunità come tale: « *La stessa materia del risarcimento del danno, quando la lesione consista nella perdita del mantenimento o dell'aspettativa di essere mantenuti da un soggetto familiare, rispetto al terzo e specificamente rispetto all'autore del danno, propone una nozione di gruppo familiare quale comunità — e storicamente è la spiegazione della risarcibilità di quei danni — da un particolare vincolo di solidarietà* ».

su tutti: l'addebito in sede di separazione) rispetto a quelli di portata generale (50).

Non più perlomeno, ove si consideri che l'una prospettiva (quella immunitaria) può ben dirsi superata dall'evoluzione dell'idea stessa di famiglia e delle relazioni soggettive che si danno al suo interno (51); e l'altra (quella, per così dire, dello *ius speciale*) di certo smentita da indicazioni giurisprudenziali (52) e legislative di segno contrario — buon ultimo l'art. 709-ter c.p.c. (53) — divenute ormai difficilmente controvertibili, e di cui si dirà comunque meglio *infra*.

Il dubbio di compatibilità matura semmai a ridosso delle stesse coordinate sistematiche che governano la responsabilità civile.

Per poco che si rammenti infatti l'insegnamento che delinea quella risarcitoria *ex delicto* come un'obbligazione intercorrente tipicamente tra *estranei*, ossia tra soggetti non uniti, prima ed a prescindere del danno che l'uno (soggetto attivo) abbia arrecato all'altro (soggetto passivo), da alcuna relazione giuridicamente rilevante (54), si è indotti, per lo meno di

(50) Cfr. G. Cian, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, 1992, I, 1, 42; A. Zaccaria, *L'infedeltà: quanto può costare? Ovvero, è lecito tradire solo per amore*, Studium juris, 2000, 524. In giurisprudenza cfr. Cass. 6-4-1993 n. 4108, la cui massima è reperibile in Giust. civ. mass., 1993, 624.

(51) Cfr. ancora Patti, *Responsabilità civile e famiglia* cit., 118 s.

(52) Cfr. Trib. Milano 10-2-1999, Fam. e dir., 2001, 185 s.

(53) La novella al codice civile di rito è stata apportata con la legge 8 febbraio 2006, n. 54, recante norme in tema di separazione dei genitori ed affidò condiviso della prole. Sullo stesso piano, nel segno di un esplicito *imprimatur* legislativo alla penetrazione del risarcimento di diritto comune all'interno della famiglia e della sua regolazione, si possono ricordare le disposizioni del codice penale contro la violenza domestica (art. 572 c.p., introdotto dalla legge 5 aprile 2001, n. 154) nonché quanto previsto in seno al codice delle pari opportunità tra uomo e donna (artt. 23 e 24 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198), sia pure sotto forma di un espresso rimando alla disciplina dettata dal codice civile. Su questi dati richiama opportunamente l'attenzione A. Querci, *Responsabilità per violazione dei doveri familiari*, Danno e Resp., 2007, 13 s.

(54) Vedi per tutti C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, Enc. giur. Treccani, XXI (Roma 1990), 2; Id., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in questa Rivista, 2004, 69 s.; Id., *La nuova responsabilità civile* cit., 455 s., nonché 559 s.

primo acchito, a ritenere allora incompatibile il ricorso al paradigma aquiliano, una volta che sussista tra danneggiante e danneggiato un qualche *vinculum iuris* che per di più investa prescrivendone o vietandone la tenuta, giusto la condotta — commissiva o omissiva — che si assume integrante il fatto dannoso.

A diverse conclusioni induce però una più meditata riflessione sull'argomento.

Innanzitutto giova rilevare come il difetto di una previa relazione tra danneggiante e danneggiato, richiesto quale precondizione per una eventuale ascrizione della singola fattispecie al paradigma aquiliano, meglio si specifichi come insussistenza (solo) di quel particolare genere di rapporto giuridico dal quale possa scaturire un vincolo di responsabilità alternativo rispetto a quello extracontrattuale, in relazione alla tenuta della medesima condotta, parimenti oggetto di disvalore. Occorre in altri termini che l'esito classificatorio, in sé generico, che identifica un *illecito* nell'agire di una parte, non sia già riconducibile a quella doverosità qualificata in cui si sostanzia l'obbligo, prima ancora che a quella più generica che è ricavabile dal precetto di *alterum non laedere* (55).

Se è così, allora, può far da ostacolo, innanzitutto teorico, alla postulazione di una responsabilità di tipo aquiliano, solo l'« *obbligo funzionale alla realizzazione del diritto* », che genera sì — ove violato — un illecito civile, ma che pure in tale veste rimane però ben distinto rispetto all'allotropo della lesione «pura» di un qualche diritto altrui (56).

Da qui, pertanto, la non automatica interferenza di una eventuale preesistente relazione (familiare) tra danneggiante e danneggiato con l'insorgere, tra di essi, di un vincolo risarcitorio di marca extracontrattuale; per lo meno non quante volte quel rapporto venga in rilievo nei suoi aspetti e per quei suoi contenuti di doverosità, né accostabili ad un obbligo primario di prestazione in senso tecnico, né soprattutto corredati dai

tratti stessi della patrimonialità, così da mantenersi estraneo al modello dell'obbligazione ed al relativo paradigma della responsabilità contrattuale (57).

Possono poi aggiungersi, nella medesima direzione, due ulteriori considerazioni.

Intanto, che il nostro sistema ben conosce il fenomeno delle qualificazioni multiple e quindi del « doppio effetto » (*Doppelwirkung*) eventualmente ascrivibile a determinate vicende o fattispecie (58), con il solo limite della non contraddizione. Di talché, se deve dirsi pienamente ammissibile che il medesimo atto/fatto possa assumere un duplice rilievo e metter capo a distinte conseguenze giuridiche, ciò è quanto precisamente accade in relazione alla condotta tenuta dal familiare nei riguardi (a carico) del proprio congiunto, la quale infatti, oltre ad assumere uno specifico rilievo alla stregua delle regole proprie della relazione familiare, potrà anche bene concorrere ad integrare il fatto costitutivo di un autonomo, ma non contrastante, effetto giuridico, quale è quello risarcitorio (59).

Inoltre, e con più specifico riguardo allo *ius conditum*, non può tralasciarsi di considerare come la compatibilità tra conseguenze giusfamiliari e risarcitorie di determinate condotte appartenga già al sistema. Ancor prima ed a prescindere dalla disposizione del codice civile di rito da ultimo introdotta (l'art. 709-ter c.p.c.), è sufficiente rammentare quanto già previsto dall'articolo 129-bis c.c., comma I, ossia che « *Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto* ».

È noto, invero, come tale disposizione, a cagione del riferimento ad una misura indennitaria anziché al risarcimento vero e proprio, nonché ad una misura minima garantita della stessa, a prescindere cioè dalla prova effettiva del danno ripor-

(55) Vedi, in tal senso, le osservazioni di S. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in questa *Rivista*, 2003, 670.

(56) Vedi Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 455 s. (da cui è tratto il corsivo riportato nel testo), nonché 559 s.

(57) V. però Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità* cit., 936.

(58) Cfr. K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di A. Baratta (Milano 1970), 51 s.

(59) Vedi, in tale direzione, le osservazioni di A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile* (Milano 2003), 106-107.

tato dal coniuge in buona fede, abbia indotto la più parte degli interpreti a scorgere i tratti della sanzione piuttosto che della riparazione per equivalente pecuniario del pregiudizio arrecato (60).

Tuttavia, per quanto la non necessità della prova del pregiudizio riportato, ai fini dell'ottenimento della indennità, innegabilmente rimandi ad una misura altra da quella volta alla semplice riparazione della utilità lesa, potrebbe bene leggersi nella indennità medesima il segmento stabile di un più articolato congegno « risarcitorio », il quale, siccome funzionalmente proteso anche alla punizione oltre che alla *compensation* vera e propria, consenta di coniugare, sotto il profilo del *quantum respondeatur*, componenti eterogenee come per l'appunto quella sanzionatoria e quella legata invece al concreto pregiudizio riportato dalla vittima; e però, l'una predeterminata già in astratto nella misura, così da assicurare un minimo inderogabile di tutela alla vittima, quante volte questa non riesca concretamente ad assolvere gli oneri probatori necessari a giustificare la corresponsione di una maggior somma compensativa (*rectius*: satisfattiva).

D'altronde, tecniche analoghe di forfettizzazione del « danno » (leggi: di predeterminazione della componente sanzionatoria, salvo incremento con la componente riparatoria, in presenza di prova del maggior pregiudizio riportato), dettate

(60) Cfr. D. Messinetti, *Il matrimonio putativo*, Tratt. Bonilini - Cattaneo, vol. I (Milano 1997), 452. Non pochi Autori discorrono, tuttavia, addirittura di pena privata cfr. G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale* (Milano 1983), 280, nt. 111; F.D. Busnelli - S. Patti, *Danno e responsabilità civile*, 2 (Torino 2003), 253-254. In senso contrario si vedano, tuttavia, le osservazioni di T. Auletta, *Gli effetti della invalidità del matrimonio*, Famiglia, 2001, 305 s. Mette, poi, conto di rammentare l'opinione tendente ad accostare il congegno di cui all'art. 129-bis c.c., allo schema della responsabilità (contrattuale) da violazione degli obblighi di protezione: cfr., da ultimo, Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità* cit., 944 nt. 28. Seppure propendendo per l'attribuzione di finalità punitiva al dispositivo di cui all'articolo 129-bis c.c., legata alla circostanza che il diritto all'indennità maturi pure in assenza di prova del danno, non mancano di rilevare la maggiore affinità che esso stesso presenta rispetto a forme di responsabilità collegate ad una preesistente relazione tra le parti che non alla responsabilità civile latamente intesa, L. Nivarra e G. Palmeri, *Il matrimonio civile. L'invalidità* (Torino 1999), 113.

in funzione di situazioni in cui appaia concretamente difficile, per il danneggiato, riuscire a fornire adeguati riscontri e dell'an e del *quantum* del pregiudizio sofferto (61), non sono nuove nel sistema: basti pensare a quanto prevede l'articolo 3, comma 3 della legge 9 dicembre 1998 n. 431 in tema di locazioni abitative (62).

Per quel che interessa ai nostri fini, resta così confermato il riscontro — sebbene qui caratterizzato da uno stilema suo proprio (63) — della compatibilità tra responsabilità extracontrattuale e relazione coniugale.

Ed ancora, sul fronte della funzione del paradigma risarcitorio, si danno margini di discussione di una qualche « fuga in avanti » rispetto alla tensione tipicamente compensativa che si vuole lo caratterizzi e senza eccezioni. Più esattamente, si palesano venature sanzionatorie che, ove confermate, andrebbero allora messe in relazione con quelle — di pari segno — che sembrano emergere in seno all'art. 709-ter c.p.c.; le une e le altre, nondimeno, probabilmente irriducibili ad una logica di mera curvatura settoriale dell'istituto della responsabilità civile, ma piuttosto da leggere quale avamposto o punti di emersione di una traiettoria evolutiva che interessa questo ul-

(61) Cfr. Auletta, *Gli effetti* cit. V. altresì C. Castronovo, *Dal diritto canonico al diritto civile: nullità del matrimonio ad effetti patrimoniali*, Scritti in onore di A. Falzea, II, t. 1 (Milano 1991), 224; v. anche Patti, *Responsabilità civile e famiglia* cit., spec. 86 ed 87 il quale tuttavia rimarca il carattere alternativo del concorso tra indennità ex art. 129-bis, comma I, e risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. Ancora diversa è inoltre la posizione di quanti, seppur riconoscendo nell'art. 129-bis una regola di responsabilità, sottolineano il legame che ricorre tra questa tecnica risarcitoria e la violazione di un obbligo di protezione, proprio della fase prematrimoniale, fino anzi al punto da suggerire un accostamento con gli artt. 1337-1338 c.c.: cfr. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità* cit. 944 e già F. Finocchiaro, *Matrimonio civile. L'invalidità*, Comm. Scialoja - Branca, (Bologna-Roma, 1993).

(62) A mente del quale: « qualora il locatore abbia riacquisito la disponibilità dell'alloggio a seguito di illegittimo esercizio della facoltà di disdetta ai sensi del presente articolo, il locatore stesso è tenuto a corrispondere un risarcimento al conduttore da determinare in misura non inferiore a trentasei mensilità dell'ultimo canone di locazione percepito ».

(63) Di una forma speciale di responsabilità parla Ferrando, *Il matrimonio* cit., 718; da altra angolazione F. Giardina, *Per una lettura della responsabilità civile nella famiglia. L'art. 129-bis c.c.* (Pisa 1999).

timo, per lo meno in veste di rimedio contro lesioni a carico della sfera della persona. Ma sul punto si tornerà a conclusione di queste note.

4. Valutata da un'angolazione diversa rispetto a quella di semplice incompatibilità concettuale con la responsabilità civile e di non cumulabilità di questa ultima con i rimedi « propri » di cui al Libro I del codice, la preesistenza di un rapporto (familiare) che leghi danneggiante e danneggiato mette capo, invero, ad un ulteriore aspetto critico nella ricostruzione degli spazi che il congegno aquiliano sia in grado di occupare nell'ambito della famiglia: quello che attiene alla demarcazione dei suoi ambiti operativi rispetto alla responsabilità contrattuale.

Risolta, a favore della seconda, la contrapposizione tra autosufficienza delle tutele giusfamiliari e capacità espansiva di quella *in tort*, è, infatti, la medesima "privatizzazione" delle relazioni in parola — che a quella soluzione contribuisce a fare da retroterra — a segnalare, da altro punto di vista, l'esigenza di un regolamento di confini tra i due congegni riparatori di diritto comune, i quali parrebbero infatti a prima vista contendersi il campo delle conseguenze riconnettibili alla violazione dei doveri comportamentali, prescritti nell'ambito della regolazione giuridica della famiglia.

A ben vedere, e riprendendo parte delle considerazioni svolte nel precedente paragrafo, è proprio la non patrimonialità di determinati comportamenti *dovuti* in ambito familiare a renderne netta la alterità rispetto allo schema della obbligazione e la irriducibilità al modello di responsabilità di cui all'articolo 1218 c.c.

In altri termini, mentre non è dubbio che ricorrano contenuti classicamente obbligatori — e che d'indole contrattuale possano quindi dirsi le relative conseguenze risarcitorie — per vincoli quali quello di contribuzione, di mantenimento o ancora per l'ampia gamma dei doveri attinenti alla gestione della comunione legale (64); altrettanto non può postularsi al ri-

(64) Per un'attenta disamina delle principali fattispecie obbligatorie,

guardo di quei comportamenti che, seppur essi stessi « dovuti » in ambito familiare, di elementi di patrimonialità appaiano tuttavia senz'altro sforniti. Comportamenti che possono declinarsi a partire o dall'ampia formula — pure non esaustiva (65) — di cui all'articolo 143, comma 2, c.c., prescrittiva di fedeltà, assistenza, collaborazione e coabitazione tra coniugi (66); ovvero ancora dal testo dell'art. 147 c.c., riguardante i doveri verso i figli (67), naturalmente escludendo in tal caso gli obblighi di mantenimento, considerato che in relazione a questi ultimi è lo stesso art. 148 c.c. ad evocare espressamente il paradigma dell'obbligazione e la sua fisiologica dinamica esecutiva (i.e. adempimento) (68).

Accade, tuttavia, che proprio una simile ricostruzione delle rispettive aree di incidenza, in ambito familiare, per i due paradigmi riparatori di diritto comune, venga respinta da quanti propugnano viceversa una sorta di monopolio del solo risarcimento di marca contrattuale, quale tecnica di tutela

fonte dunque di responsabilità contrattuale, nel contesto familiare, cfr. G. Oberto, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari* (Milano 2006), 23 s.; Ferrando, *La violazione dei doveri familiari* cit., 407 s.

(65) Cfr., per tutti, P. Zatti, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, Tratt. dir. priv., dir. da P. Rescigno, 3, (Torino 1996), 15.

(66) Cfr. A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, Art. 1173-1176, Commentario del Codice Civile, a cura di Scialoja e Branca (Bologna-Roma 1988), 91 s.; Oberto, *La responsabilità* cit., 13-14; Ferrando, *Violazione dei doveri familiari* cit., 399 s. Più in generale cfr. Zatti, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio* cit. 15. Vedi altresì A. Spangaro, *La responsabilità per violazione dei doveri coniugali*, in *La responsabilità nelle relazioni familiari* cit., 112 s.

(67) Del medesimo tenore, rispetto all'art. 147 c.c., è peraltro anche l'art. 12 della legge 4 maggio 1983, n. 184, in tema di adozione.

(68) Cfr. G. Facci, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, *La responsabilità nelle relazioni familiari* cit., 204 s. Giova peraltro sottolineare come, sempre a mente dell'articolo 148 c.c., il « credito » da prestazione di mantenimento a favore della prole goda — a mò di integrazione e specificazione delle ordinarie tutele creditorie — di una tecnica, insieme, di esecuzione forzata (per gli inadempimenti pregressi) e di tutela preventiva (per il rischio di inadempimenti prossimi), costituita dalla c.d. « distrazione giudiziale »: cfr. ampiamente Paradiso, *I rapporti personali tra i coniugi*. Artt. 143-148, Il Codice Civile. Commentario, dir. da P. Schlesinger (Milano 1990), 312 s.

eventualmente cumulabile con i rimedi "speciali" di cui al Libro I del codice civile.

In un recente contributo dottrinale (69) questa posizione è stata espressa in termini assai netti e sviluppata sulla scorta di serrate, rigorose argomentazioni, che investono tanto i presunti limiti teorici — e le controindicazioni sul piano di *policy* — di un ricorso alla responsabilità civile; quanto le ragioni tecniche — ed i guadagni ricostruttivi — che militerebbero a favore di un più esteso (di fatto assorbente) operare della coppia inadempimento/responsabilità *ex contractu*.

Prendendo le mosse dalla *pars destruens* della tesi in commento, deve dirsi come, oltre a rilanciare l'obiezione della inconciliabilità tra responsabilità extracontrattuale e preesistenza di un rapporto giuridico che leghi danneggiante e danneggiato (70), essa ponga soprattutto l'accento sul paradosso cui metterebbe capo una diretta applicazione del congegno di cui all'art. 2043 c.c., legato essenzialmente al fatto che « la violazione del dovere familiare renderebbe superflua la ricerca del profilo di ingiustizia del danno » (71).

A questi ostacoli di ordine tecnico si aggiungerebbero, poi, sempre stando alla opinione in commento, gravi controindicazioni apprezzabili sul piano della politica del diritto.

Nel quadro di una visione fortemente critica circa la tendenza alla c.d. privatizzazione della famiglia, giudicata fattore erosivo degli spazi di intimità domestica e tale da segnare l'abbandono della stessa famiglia come bene in sé e come istituzione (72), si sottolinea come proprio l'innesto della responsabilità civile acuisca tale deriva individualistica, accentuando vieppiù la spinta ad una lettura in chiave eminentemente patrimoniale di rapporti viceversa di indole prettamente persona-

(69) Cfr. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità cit.*, 956 s.; a favore della lettura di determinate violazioni di doveri endofamiliari in termini di inadempimento si era però già espresso G. Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, Fam. pers. e succ., 2007, 19 s.

(70) Nicolussi, *Obblighi cit.*, 937 e 959.

(71) Nicolussi, *Obblighi cit.*, 938.

(72) Nicolussi, *Obblighi cit.*, 935 ove denuncia una tendenziale assolutizzazione del « diritto alla felicità individuale senza disponibilità ad integrarlo col bene degli altri componenti del gruppo familiare ».

le (73): la responsabilità civile, si osserva in estrema sintesi, non può dirsi una risposta "neutra" alla crescente istanza di tutela in ambito familiare, poiché anzi « *sposta l'accento dagli obblighi, e quindi dalla relazione, ai beni tutelati* » (74).

È su questa avvertita esigenza di recupero della dimensione relazionale e solidaristica alla base del vincolo parentale, ed in difesa dunque di una visione istituzionale della famiglia (75), che si innesta la proposta ricostruttiva tendente piuttosto a riconoscere un più ampio spazio alla responsabilità contrattuale che non alla tecnica di tutela aquiliana.

Scorto nella violazione di un rapporto improntato a reciproci affidamenti — piuttosto che nella causazione di un danno — il *quid proprium* delle violazioni dei doveri (obblighi) familiari, e rilevato, per altro verso, come il paradigma dei c.d. obblighi di protezione, già in ambiti prettamente patrimoniali, valga ad introdurre « *una dimensione etica irriducibile al *do ut des* e basata invece sull'affidamento giustificato dalla relazione di prossimità* » (76), si propende, anche sulla scorta di qualche convergente indicazione tratta dalla giurisprudenza di merito (77), per una lettura del vincolo familiare giusto in termini di rapporto obbligatorio senza dovere primario di prestazione ma caratterizzato da doveri di protezione, di guisa che la sua violazione slitti, siccome « inadempimento », all'interno del paradigma di responsabilità contrattuale (78).

Una simile ricostruzione, per quanto suggestiva, pare nondimeno esporsi ad obiezioni non di dettaglio, sia per quel che concerne i pretesi ostacoli che si frapporrebbero alla penetrazione endofamiliare del rimedio aquiliano; sia per ciò che attiene la postulazione di una *vis attractiva* che, nel medesimo contesto, eserciterebbero lo schema dell'obbligazione (ancor-

(73) Nicolussi, *Obblighi cit.*, 936.

(74) Nicolussi, *Obblighi cit.*, 942.

(75) Nicolussi, *Obblighi cit.*, spec. 963 964, testo e note, ove è affermato a chiare lettere che non già il concetto di istituzione in sé — riferito alla famiglia — andrebbe spedito in soffitta bensì l'idea di una famiglia come istituzione a struttura gerarchica.

(76) Nicolussi, *Obblighi cit.*, 944.

(77) Segnatamente C. App. Torino 21-2-2000, Foro it., 2000, 1555.

(78) Cfr. ancora Nicolussi, *Obblighi cit.*, 960-961.

chè nella *editio minor* dell'obbligazione senza prestazione) ed il modello della responsabilità contrattuale.

Rinviando alle considerazioni già svolte in precedenza in merito al carattere non ostativo che la sussistenza del rapporto presenta ai fini di un possibile esito aquiliano per la violazione di doveri prescritti nell'ambito della famiglia (79), deve osservarsi innanzitutto come la responsabilità extracontrattuale non corra qui il paventato rischio di presentarsi come « *spogliata dei suoi requisiti* », ossia come semplice simulacro (80). E ciò, fondamentalmente perché tutt'altro che superfluo appare, ai fini della integrazione della fattispecie, il criterio selettivo della ingiustizia del danno.

Fermo, infatti, quanto è andato chiaramente delineandosi e in giurisprudenza e in dottrina, non la semplice violazione della condotta prescritta dalla norma giusfamiliare integra gli estremi del fatto illecito, questo dovendosi viceversa identificare solo con quei comportamenti o quelle omissioni che, per la loro intrinseca gravità e per le specifiche condizioni che li circostanziano, mettano capo ad una (grave) lesione della sfera personale (81).

Gli illeciti endofamiliari, in altri termini, non esibiscono un danno *in re ipsa*, originato cioè di per sé dalla mancata osservanza dei doveri comportamentali « propri », ma richiedono viceversa una soglia diversamente e meglio qualificata (i.e. lesione di un diritto inviolabile) (82): niente di dissimile, dunque, o per meglio dire niente di meno selettivo — semmai l'opposto — rispetto a quanto non valga “in generale” ai fini dell'applicazione dell'articolo 2043 c.c. e soprattutto dell'articolo 2059 c.c.

Anzi, per poco che si muova dalla messa a punto interpre-

(79) Cfr. *supra*.

(80) Così ancora Nicolussi, *Obblighi cit.*, 938.

(81) Il punto è chiaramente espresso, *ex multis*, da Cass. 10-5-2005 n. 980, Danno e resp., cit., 40; da ultimo v. C. App. Brescia, 5-6-2007, Fam. e dir., 2008, 481 s., con nota di G. Facci, *Infedeltà omosessuale del marito: alla moglie non spetta il risarcimento perché non vi è un danno ingiusto*. In dottrina v., per tutti, Ferrando, *Violazione dei doveri cit.*, 404.

(82) Cfr., da ultimo, Trib. Venezia 15-5-2009, NGCC, 2010, I, 89 s., con nota di A. Benni De Sena.

tativa che di tale ultima disposizione è stata offerta dalle Sezioni Unite della Cassazione, con le pronunzie del novembre 2008, non tarda a rivelarsi una sostanziale sintonia tra lo statuto — costituzionalmente orientato — del danno non patrimoniale ed i connotati distintivi che la stessa giurisprudenza era andata tratteggiando come peculiari dei danni endofamiliari. Sia qui sufficiente riportare lo snodo argomentativo centrale di una ormai famosa pronunzia del Supremo Collegio, risalente al 2005, secondo cui (83): « *Il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia (...) costituisce il presupposto logico della responsabilità civile (...)* ».

D'altra parte, lasciando per il momento da canto una lettura tipologica della responsabilità civile e, alla sua stregua, la identificazione nell'articolo 2043 c.c. della sua norma di fattispecie (84) — prospettiva, dalla quale, come si dirà, non mancano invero di palesarsi talune aporie in relazione al criterio ora enunciato dalle Sezioni Unite — non v'è, in astratto, incoerenza tra il rifarsi al parametro della ingiustizia del danno ed il declinarlo, poi, sul fronte non patrimoniale, all'insegna di una più stringente formula filtrante (85).

Se, infatti, solo il danno giuridicizzato può dirsi risarcibile nel nostro ordinamento, ecco che allora tale requisito meglio si struttura e specifica, rispetto alle *pecuniary losses*, come giuridicizzazione ulteriormente qualificata, per l'appunto, dal contenuto assiologico dell'interesse leso (diritti inviolabili della

(83) Cfr. Cass. 10-5-2005 n. 9801, cit. Nella medesima direzione, *ex multis*, Trib. Lodi, 16-4-2007, Fam. e minori, 2007, 9, 88. In dottrina, scorge nella pronunzia della Cassazione la fissazione di un condivisibile punto di equilibrio fra comunità familiare e diritti dei singoli, Vettori, *Diritti della persona e unità della famiglia*, cit., 198-199.

(84) V., per tutti, A. di Majo, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, Riv. dir. civ., 2005, 243 s.

(85) L'accusa di incoerenza viene mossa da Nicolussi all'indirizzo di quanti, in dottrina, pretenderebbero per l'appunto di coniugare un appello alla ingiustizia del danno con una restrizione del congegno risarcitorio alle sole gravi violazioni dei doveri matrimoniali: cfr. Nicolussi, *Obblighi cit.*, 938 spec. n. 16, con specifico riferimento all'opinione espressa da G. Facci, *L'ingiustizia del danno nelle relazioni familiari*, Contr. e impr., 2005, 1242.

persona), dal rango della norma primaria che di quell'interesse inveri la rilevanza ordinamentale (norme costituzionali, salve naturalmente le ulteriori espresse previsioni di legge), nonché ancora dalla entità della lesione da esso riportata (*gravità* dell'offesa, da valutare alla stregua di un bilanciamento tra i principi di solidarietà e tolleranza) (86).

Invero, va rilevato come proprio il recente arresto delle Sezioni Unite suscitò, al riguardo, più di una perplessità, per poco che evochi un doppio livello, una doppia soglia di scrutinio della *ingiustizia* richiesta ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale, a seconda cioè che ci si riferisca a fattispecie legali tipiche ovvero a disposizioni costituzionali: quanto dire, in altri termini, di una fisionomia bifronte dell'articolo 2059 c.c., che si vorrebbe infatti dal volto ora vetero-codicistico, ora neo-costituzionale (87).

È però, quello così affacciato dai giudici di legittimità, un approdo ricostruttivo tanto poco plausibile — a tacer d'altro perché mina coerenza interna e fisionomia unitaria della norma in questione — quanto agevolmente scongiurabile, solo che si accolga l'opzione ermeneutica che eleva la *gravità dell'offesa* a criterio unitario per tutte le ipotesi di danno coperte dalla norma di chiusura del Libro IV del codice civile (88).

(86) Si esprime assai chiaramente in tal senso F.D. Busnelli, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, Riv. dir. civ., 2009, II, 97 s., spec. 105. Di « autonomo concetto di ingiustizia del danno, costituzionalmente qualificata », parla C. Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, Resp. civ. prev., 2009, 21 s., spec. 261 nonché 267 s., sia pure senza mancare di denunciare l'emergere di aporie legate al raffronto con lo « statuto » del danno patrimoniale (ivi, 270-271). Critico si era già mostrato V. Scalisi, *Danno alla persona e ingiustizia*, Riv. dir. civ., 2007, 147 s., spec. 151, in relazione alle c.d. sentenze gemelle del 2003, denunciando nella sterilizzazione costituzionale della riserva di legge ex art. 2059 c.c. la causa di un sostanziale arretramento della tutela aquiliana in tema di diritti della persona.

(87) Cfr. Busnelli, *Le sezioni unite* cit., 105. V. anche le osservazioni critiche di Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.* cit., 595 s., nonché 608-609. Tale linea, tendente a differenziare i criteri di selezioni interni all'art. 2059 c.c., a seconda che ci si riferisca a diritti inviolabili ovvero a casi previsti dalla legge, è stata peraltro ripresa adesivamente da Cass. 9-4-2009 n. 8703, NGCC, 2009, I, 1007 s., con nota di E. Bucci.

(88) Cfr. Busnelli, *Le sezioni unite* cit., 105-106.

Detto altrimenti, proprio la formula della gravità dell'offesa, riempita di contenuto in stretta sintonia con la coscienza sociale e declinata all'insegna di un temperamento tra doveri di solidarietà e tolleranza, entrambi scaturenti dall'art. 2 cost. (89), seppure certo volta a ribadire con nettezza l'irrisarcibilità dei danni bagatellari (90), si candiderebbe a fungere da co-elemento essenziale e costante — insieme alla lesione di diritti inviolabili ovvero al ricorrere di casi determinati dalla legge — per uno scrutinio di risarcibilità delle *non pecuniary losses*; scrutinio alternativo a questo punto, oltre che nel merito anche, in parte, nel metodo rispetto a quello a maglie più larghe (*ingiustizia semplice*) che, a mente dell'art. 2043 c.c., è sì necessario ma altresì sufficiente in relazione ai danni patrimoniali (91).

Ne discende che, se viene per un verso rimarcata la coerenza interna dell'intero sistema aquiliano, siccome informato ad un principio di tipicità progressiva su entrambi i crinali del danno risarcibile (patrimoniale e non) (92), della norma conte-

(89) Cfr. Cass. s.u., 11-11-2972 cit., par. 3.11.

(90) Cfr. C. Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio*, Danno e resp., 2009, 5 s., spec. 8.

(91) Cfr. ancora Busnelli, *Le sezioni unite*, cit., 105. L'estensione del « filtro » della gravità della lesione anche in relazione al danno patrimoniale è data come elemento già proprio del sistema di responsabilità civile da Castronovo, *Danno esistenziale: il lungo addio* cit., 2009, 8; la considera, invece, più cautamente, quale auspicabile approdo esegetico Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale* cit., 22. Come già rilevato in precedenza, contrario ad una lettura dell'articolo 2059 c.c. operata in presa diretta con il dettato costituzionale, senza cioè la mediazione dell'articolo 2043 c.c. si mostra Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c.* cit., 601 s.

(92) Invero, stando alle parole delle Sezioni Unite, si avrebbe una contrapposizione tra i principi di tipicità del danno non patrimoniale e di atipicità di quello patrimoniale. Questa contrapposizione si svuota tuttavia di senso, e l'intero sistema si mostra in realtà coerentemente informato ad un principio di tipicità progressiva degli illeciti, solo che della ingiustizia del danno venga confutata — come da tempo è accaduto grazie ai contributi di autorevole dottrina — la natura di clausola generale e che l'articolo 2043 c.c. venga più correttamente letto alla stregua di norma secondaria: v., per tutti, Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 11, nonché già Id., *Problema e sistema nel danno da prodotti* (Milano 1979), 88 s., 123 s., 141. In senso analogo ci pare orientato anche Busnelli, *Le sezioni unite* cit., 107 s. Ci sia inol-

nuta nell'articolo 2059 c.c. vengono, per altro verso, preservati (*rectius*, accentuati) anche i tratti di autonomia rispetto a quella di cui all'articolo 2043 c.c., consistenti in una più elevata soglia di accesso alla tutela risarcitoria, al punto forse che la ribadita contiguità di fondo circa la morfologia della fattispecie di riferimento per entrambi i casi (93) rischia di trasformarsi in una mera petizione di principio.

Lasciando comunque per il momento da canto quest'ultimo aspetto, verrebbe fatto di dire che allora *nihil novi sub sole*, per poco che la linea sistematica ed interpretativa di autonomia reciproca tra gli artt. 2043 e 2059 c.c. ha radici profonde che affondano storicamente nella volontà di prevenire una applicazione troppo generalizzata della seconda disposizione (94).

Se ciò è senza dubbio vero, valutazioni di segno in parte diverso si impongono però una volta che le ragioni di quella autonomia si mostrino oggi arricchite o comunque rinnovate,

tre consentito rinviare al nostro *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza* (Napoli 2008), 183 s. Da altra angolazione, deve certo dirsi come proprio la recente presa di posizione delle Sezioni Unite (ossia l'affermazione di tipicità del danno non patrimoniale pur se letto in chiave costituzionale) abbia sollevato le critiche di quanti hanno scorto nel rinvio ai diritti inviolabili della persona piuttosto il presupposto di una *atipicità di rimbalzo* dell'articolo 2059 c.c., dipendente dal carattere di norma aperta che contraddistingue l'articolo 2 cost.: cfr. per tutti Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 cit.*, 613 s., spec. 615-616. Persuasivi appaiono, però, in direzione contraria, i rilievi già svolti da E. Navarretta, *Danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale, I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura della stessa A., (Milano 2004), 3 s., spec. 18, nonché 22 s.) circa l'impronta tipizzante che, seppure attraverso stringenti limiti a carico del processo interpretativo, deve dirsi caratterizzare l'art. 2 cost. Una indicazione convergente ci pare sia possibile trarre anche da S. Patti, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, *Corr. giur.*, 2009, 415 s., spec. 418. A sostegno del ricorrere di « insopprimibili caratteri di tipicità », in relazione ai diversi beni-interessi radicati nella persona, si è peraltro levata l'autorevole voce di Scognamiglio, *Danni alla persona e danno morale cit.*, 477 s.

(93) Cfr. V. Scalisi, *Danno alla persona e ingiustizia*, *Riv. dir. civ.*, 2007, 147 s.; Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. cit.*, 601. In senso analogo Cass s.u., 11-11-2008 n. 2972 cit., par. 2.8.

(94) Cfr. Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale cit.*, 103.

in dipendenza di una più articolata tensione teleologica che animerebbe il risarcimento del danno non patrimoniale, rispetto a quella meramente compensativa che connota la risposta *in tort* alla lesione di segno patrimoniale; ed ancora, come anticipato poco sopra, a misura che un ulteriore elemento filtrante (gravità della lesione) entri virtualmente a comporre la struttura della fattispecie aquiliana riferibile alle *non pecuniary losses*.

Ove l'uno e l'altro dato venissero confermati, il risultato a corta gittata sarebbe certo quello di una messa in tensione della classica connotazione tipologica della responsabilità civile, tanto sul fronte strutturale (*sub specie* di tenuta della norma di fattispecie), quanto su quello funzionale; il risultato di prospettiva potrebbe però essere quello di rivelare una sintonia tra il nostro modello aquiliano e le tendenze che vanno profilandosi nel quadro del travagliato processo di costruzione di un *European Tort Law* (95).

5. Proseguendo oltre nella disamina critica delle obiezioni mosse contro il ricorso alla responsabilità *ex delicto* in ambito familiare, perplessità non manca di sollevare la lettura della *machinery* extracontrattuale quale congegno a rischio di esasperare una deriva individualistica della famiglia e di segnare quasi un punto di non ritorno nella direzione del sacrificio della dimensione relazionale e solidaristica che ad essa è propria.

Individuare il fine ultimo della famiglia nella promozione di uno sviluppo il più completo ed armonico possibile delle personalità dei suoi membri non significa affatto mettere in non cale la dimensione « di gruppo ». Affinché il gruppo-famiglia possa assolvere compiutamente la sua funzione emancipatrice, di volano quasi della crescita individuale di quanti ne facciano parte, è necessario infatti che esso venga preservato

(95) Non è un caso, del resto, che nel ritenere la valutazione sulla gravità dell'offesa come già praticabile anche in relazione al danno patrimoniale, Castronovo richiami la previsione contenuta nell'art. VI-6:102 del *Draft Common Frame of Reference*: « Il danno insignificante non va preso in considerazione »: cfr. Castronovo, *Danno esistenziale cit.*, 8.

integro nei suoi connotati essenziali minimi, quelli cioè che lo rendano identificabile come tale; il che implica, a prescindere dall'elemento formale costituito dalla sussistenza o meno del vincolo matrimoniale, la riconoscibilità di un assetto, di un « ordine » dei rapporti intersoggettivi tra i suoi membri, per quanto da essi stessi negoziato nel rispetto della imprescindibile direttiva di eguaglianza. Un ordine che si regge sulla costante ricerca di un punto di equilibrio tra le diverse istanze individuali, e che anzi di esse richiede talvolta l'arretramento (96).

Vi è però, come ha sottolineato attenta dottrina, un limite invalicabile al possibile sacrificio dell'interesse del singolo, coincidente « con il nucleo essenziale dei diritti della persona » (97). Sicché non solo è questa soglia di incomprimibilità della dimensione soggettiva a potere far premio su istanze di solidarietà interna alla *societas* familiare, ma è di quella medesima istanza che, per l'appunto, a determinate condizioni si fa presidio la responsabilità civile.

Passando, infine, alla propugnata riconduzione entro il paradigma dell'obbligazione (*rectius*: dell'obbligazione cui siano obblighi di protezione a dar corpo), per le violazioni di quei doveri familiari che siano sforniti di contenuto patrimoniale, può dirsi come ad essa si oppongano i limiti stessi che una tutela contrattuale non tarda, nella materia che ci occupa, ad accusare, rispetto ad una di marca extracontrattuale; limiti che investono non solo il piano dell'opportunità, ma anche e soprattutto quello della sostenibilità in punto di teoria.

Vero è, infatti, che, a completamento di un lungo quanto graduale processo, che ha interessato l'intero diritto privato (98) e che ha trovato suggello anche nel recente arresto delle

(96) Sul punto Zatti, *Famiglia* cit., 34 s.

(97) Id., *ivi*, 36.

(98) Per l'esattezza di un processo di « *innesto del danno non patrimoniale nelle strutture del diritto privato* », parla espressamente C. Castronovo, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in questa *Rivista*, 2008, 787 s., spec. 806, riferendosi anche alle chiare indicazioni che, a favore di una risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito contrattuale, provengono sia dai Principi di Diritto Europeo dei Contratti (art. 111.3:701) sia dai Principi di Diritto Europeo (VI-6:101).

Sezioni Unite, pure la responsabilità contrattuale è oggi pienamente in grado di fornire ristoro a danni non patrimoniali (99). E vero è del pari che ciò avviene sì sulla base dell'articolo 1218 c.c., ma collocato entro « *un diverso orizzonte dogmatico e in un mutato contesto normativo* » che ne vede allentata l'inerenza esclusiva al rapporto obbligatorio c.d. lineare, a favore di un rapporto complesso, ove cioè « *attorno alla prestazione principale si coagula una costellazione di obblighi di natura accessoria* » (100), tra i quali spiccano per l'appunto anche quelli di protezione della persona (oltre che del patrimonio). Da questo punto di vista, dunque, potrebbe aversi buon gioco nel sostenere come l'allocatione dei doveri familiari nell'alveo degli obblighi di protezione, e la conseguente lettura della loro violazione in termini di responsabilità contrattuale, consentano bene di dare ristoro anche a danni che inerenti la sfera del patrimonio di certo non sono.

Senonché, essendo ad oggi la risarcibilità del danno non patrimoniale *da contratto*, del tutto affrancata da quei limiti viceversa imposti dall'aderenza costituzionale dell'art. 2059 c.c., ne discende che essa è suscettibile di estendersi anche a quelle lesioni che siano sì non patrimoniali, ma minori e se del caso finanche bagatellari (101). Il che peraltro, oltre ad evidenziare, *in parte qua*, una smagliatura nella trama argomentativa che sorregge la ricostruzione propugnata dalle Sezioni Unite (102); per quel che ci occupa invero, sul terreno contrattuale, giusto quei rischi di sacrificio della dimensione relazio-

(99) Molto opportunamente si è infatti sottolineato come il danno alla persona, da un canto, ed il danno meramente patrimoniale, dall'altro, siano state oggetto — giusto per il tramite degli obblighi di protezione — di una forza attrattiva esercitata dalla responsabilità contrattuale: cfr. Giardina, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, *Inadempimento e rimedi* cit., 73 s., spec. 80 s.

(100) Cfr. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2043 e 2059 c.c.* cit., 625, ed *ivi* entrambi i passaggi riportati in corsivo nel testo. Id., *Il mobbing* (Milano, 2004), 24.

(101) Vedi in proposito, ma criticamente, P. Pardolesi - R. Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile): « die hard »*, *Foro it.*, 2009, I, 128 s., spec. 134.

(102) Cfr., al riguardo, C. Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale* cit., 23.

nale e solidaristica della famiglia, che si vorrebbero viceversa propulsivi di un allontanamento dal congegno aquiliano.

L'effetto finale sarebbe infatti quello di generare ulteriore contenzioso, moltiplicando istanze risarcitorie di modesta entità e comunque riferite a lesioni di interessi aventi minore carica assiologica; un fascio di pretese destinate ad essere azionate, con ogni probabilità, soltanto a mò di ritorsione o pressione negoziale, in sede di separazione tra coniugi.

E ciò, tanto più considerato che, in relazione alla violazione dei doveri (*obblighi di protezione*) endofamiliari, mentre alcuni dei possibili correttivi ermeneutici già proposti in dottrina contro i rischi di eccessiva dilatazione della responsabilità contrattuale sul fronte non patrimoniale, e precisamente quello della individuazione della causa concreta del contratto, non appaiono punto praticabili, difettandone il sostrato materiale (contratto), altri, e segnatamente quello consistente nella messa a fuoco dello scopo di protezione del comportamento dedotto a contenuto dell'obbligo (protettivo) (103), quando non rischiano di condurre in direzione opposta rispetto a quella di maggiore rigore selettivo, legata alla tutela dei soli diritti *inviolabili* della persona, rischiano comunque di non valere ad escludere il concorso di altri beni protetti, magari essi stessi in grado di esibire copertura costituzionale, ma ricadenti al di fuori della ristretta cerchia dei diritti inviolabili.

Per poco che complessità, ampiezza e non agevole predefinibilità dei doveri (di contenuto non patrimoniale) sintetizzati dagli artt. 143, comma 2, e 147 c.c., consentano l'agglutinamento su basi teleologiche delle molteplici condotte in cui possono venire declinati, non tarda a rivelarsi ora (nel caso dei doveri reciproci tra i coniugi) una funzionalità ad esigenze di armonico, solidale e paritario svolgimento delle relazioni inter-soggettive all'interno della famiglia (104), piuttosto che un

orientamento immediato (o addirittura esclusivo) a salvaguardia di diritti inviolabili dell'individuo; ora (nel caso di doveri verso i figli) una innegabile preordinazione a tutela *anche* di taluni diritti della personalità (105), ma in concorso con la salvaguardia di profili eterogenei, pure innegabilmente attinenti la persona (del figlio minore), attestantisi tuttavia su un piano diverso e sottordinato rispetto a quello dei diritti inviolabili propriamente intesi (106).

In definitiva, o la norma prescrittiva di doveri comportamentali interni alla famiglia (143 c.c.) non presenta lo scopo immediato di tutelare i diritti inviolabili della persona, questi — e la loro salvaguardia — dovendosi infatti intendere come un *a priori* rispetto all'esistenza stessa della compagine familiare ed allo svolgimento delle relazioni al suo interno; ovvero — ed è il caso della disposizione (art. 147 c.c.) che, in aderenza con l'art. 30 cost., detta i doveri dei genitori verso i figli — laddove pure la difesa dei diritti inviolabili non possa che ritenersi a pieno titolo inclusa nello scopo della norma, integrando un risvolto non secondario della posizione genitoriale (107), tutta-

una funzionalizzazione della famiglia al conseguimento di obiettivi metaindividuali, quanto piuttosto la necessità della convergenza e della sintesi degli interessi individuali di entrambi i coniugi: cfr. Paradiso, *I rapporti personali tra i coniugi* cit., 23 il quale osserva come non ricorrano « *interessi istituzionalmente posti in conflitto, bensì in rapporto che potrebbe dirsi circolare* ». Tanto vale, peraltro, a ribadire la centralità della persona all'interno della compagine familiare, ossia il porsi del progresso dell'individuo come fine ultimo della comunità familiare e limite esterno invalicabile al suo ordine, coerentemente alla osservazione esposta nel testo.

(105) Cfr. Paradiso, *I rapporti personali tra i coniugi* cit., 279 s. Si consideri, del resto, nella medesima direzione, quanto prescrive l'art. 1, comma 4, della legge 184/1983 — come modificata dalla legge 149/2001 — circa i presupposti dell'adottabilità, tra i quali figura l'incapacità della famiglia di origine del minore di « *provvedere alla crescita* » di questi.

(106) Id., cit., 259 s.

(107) Com'è noto, i doveri prescritti già dall'art. 30 cost. e quindi ulteriormente specificati in seno all'art. 147 c.c. gravano in capo ai genitori a prescindere dalla titolarità della potestà: dunque anche in capo al genitore non affidatario ovvero a quello che sia stato limitato o sia decaduto dall'ufficio della potestà: cfr., per tutti, Dogliotti, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, Tratt. Cicu - Messineo - Mengoni - Schlesinger, (Milano 2007), 185-188. V. altresì M. Sesta, *La potestà dei genitori*, Il diritto di fami-

(103) Tanto il « correttivo » causale, quanto quello dello « scopo di protezione » del comportamento dedotto in obbligazione sono proposti da Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale* cit.

(104) Opportunamente viene infatti richiamata l'attenzione sulla formula delle « esigenze preminenti della famiglia », che ricorre, con talune varianti lessicali, in svariate disposizioni del Libro I, ma che esprime non già

via di questa non esaurirà la tensione teleologica, orientata infatti anche alla salvaguardia di ulteriori, epperò non fondamentali, interessi (/diritti) facenti capo al minore.

Nell'uno, come nell'altro caso, ora per difetto, ora per eccesso, il risultato di una lettura con le lenti della responsabilità contrattuale sarebbe, così, quello di una tutela — per danni non patrimoniali — meno selettiva rispetto a quella conseguibile *ex art. 2059 c.c.*, perché precisamente disancorata dai soli diritti inviolabili, e ad essi non restringibile.

Non è però solo sul piano della politica del diritto che, come già anticipato, ci pare si palesino ostacoli al ricorso al modello delle *Schutzpflichten*.

Vero è che, una volta fissate le coordinate essenziali dell'obbligazione senza prestazione nella sequenza *status-affidamento-buona fede* (108), giusto le prescrizioni codicistiche innanzi richiamate, e relative a condotte da tenere nell'ambito di rapporti (quali quelli di famiglia) cui certo presiede la logica di relazione, inducono a ritenere allora identificabile la sagoma del rapporto obbligatorio.

Altrettanto vero è però che, una volta esclusa la variante della protezione del patrimonio (109), le *Schutzpflichten* riferite alla sfera della persona esibiscono un peculiare allineamento rispetto ai due poli della responsabilità di diritto civile, occupando cioè in senso stretto l'area mediana, o se si preferisce la zona grigia, tra contratto e torto.

Quelle che vengono riportate sotto le insegne dell'inadem-

glia, Tratt. di dir. priv., dir. da M. Bessone, vol. IV, t. III (Torino 1999), 197 s.

(108) Ossia nel ricorrere dello *status* (solo eventualmente, *ex uno latere*, anche professionale) di parte di una relazione qualificata, che faccia da presupposto per l'insorgenza di un *affidamento* ragionevole circa la tenuta di determinati comportamenti altrui, improntati a « *diligenza, prudenza, perizia nelle condotte che possono risultare lesive delle situazioni soggettive (...), aspettativa che la buona fede fa diventare giuridicamente rilevante elevandola a obbligo per l'altra parte* »; cfr. per tutti, C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in questa *Rivista*, 2009, 679 s., spec. 695, da cui è tratto il corsivo riportato nel testo.

(109) Laddove, infatti, in difetto di relazione qualificata, non è ipotizzabile una ricaduta della medesima condotta all'interno della responsabilità *in tort*, essendo il danno meramente patrimoniale sfornito di una *norma primaria* di copertura che ne consenta la lettura in termini di danno ingiusto.

pimento degli obblighi di protezione della persona altro non sono, in effetti, se non condotte di per sé suscettibili di essere allocate nella cornice della responsabilità aquiliana, siccome immediatamente lesive di situazioni di appartenenza, anzi di appartenenza « qualificata » dalla inviolabilità del diritto leso. Lo confermano assai bene, del resto, le principali figure fin qui enucleate in dottrina (e, più o meno consapevolmente, accolte dalla giurisprudenza), per lo più attinenti alla salvaguardia del bene salute: si pensi alla posizione del medico dipendente della struttura sanitaria, verso il paziente che riceve il trattamento diagnostico e/o terapeutico (110), ovvero a quella tra istituto scolastico ed insegnante, relativamente alla salvaguardia della incolumità fisica dell'alunno, durante le ore di sua permanenza a scuola (111).

La attrazione di quelle condotte al polo (della responsabilità) contrattuale matura così a misura che la esistenza di un relazione qualificata tra i soggetti coinvolti ne ostacoli l'« *anngamento in una troppo generica responsabilità del passante* » (112) e — per il tramite della buona fede — traduca quale *culpa in non faciendo* quella che rilevarebbe altrimenti (e comunque) come mera *culpa in faciendo* (113).

Il che, però, non pare possa dirsi anche in riferimento alle norme comportamentali dettate nell'ambito della famiglia, o quanto meno non sempre e/o non del tutto.

Isolate per un attimo le prescrizioni comportamentali endofamiliari dalla cornice relazionale entro cui si collocano, non tarda infatti ad emergere come la loro eventuale inosservanza non integri *tel quel* gli estremi del danno ingiusto. Ad impedirlo è, per così dire, un ammanco assiologico, ossia il

(110) Cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 475 s.; A. Nicolussi, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, *Danno e resp.*, 2008, 872 s.

(111) Cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 490 s.; A. Zaccaria, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, *Resp. civ.*, 2009, 28 s., spec. 39 s.

(112) L'espressione riportata in corsivo è tratta da Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit. 446.

(113) Cfr. C. Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, *Enc. giur. Trecani*, vol. XXI, (Roma 1990) 3.

loro mancato porsi — a differenza di quanto non valga per altre ipotesi di obblighi di protezione, direttamente scaturenti da specifiche disposizioni normative, quali gli artt. 1681 e 2087 c.c. — in presa diretta con situazioni di appartenenza, tanto meno con situazioni di appartenenza involgenti diritti inviolabili dell'individuo; ne offre, ancora una volta, una indiretta riprova l'unanime orientamento giurisprudenziale che, come già ricordato, esclude la sussistenza di un danno *in re ipsa*, in dipendenza della loro violazione.

Discorso diverso deve, certo, farsi in relazione ai doveri imposti a carico dei genitori nei riguardi dei figli: per poco che questi sottendano infatti anche una posizione di garanzia involgente la salvaguardia dei diritti della personalità e più in generale dei diritti inviolabili riferibili al minore, si inverte, in astratto, giusto quell'allineamento tra dimensione obbligatoria attuale (in quanto legata alla sussistenza di una cornice di relazione) e dimensione delittuale potenziale (perché esito che scaturirebbe comunque al difettare di quella) che caratterizza gli obblighi di protezione della persona.

Senonché, è questa volta sul piano della responsabilità, ed indirettamente, dunque, a mò di smentita della sua apparente riconducibilità all'alveo dell'obbligazione, anche su quello della fattispecie che vi dà luogo, che si apprezza un allontanamento dal polo contrattuale ed un riposizionamento su quello aquiliano.

A venire in rilievo non è più, infatti, come osservato da altra prospettiva (doveri tra coniugi), un "ammanco" assiologico della fattispecie, bensì, per così dire, una sua sporgenza strutturale, che inesorabilmente si riverbera sul versante della responsabilità di cui è scaturigine: e che consiste nella ritenuta imprescindibilità del dolo (generico) in colui che tenga la condotta lesiva, ai fini della imputabilità di un obbligo risarcitorio, se del caso aggiuntivo rispetto all'operare del rimedio "proprio" (in tal caso decadenza dalla potestà genitoriale, *ex art.* 333 c.c. nonché misure *ex art.* 342-ter c.c.). Come pure meglio si dirà in prosieguo, è punto ampiamente condiviso, infatti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che tutte le ipotesi in relazione alle quali si discorre di responsabilità da illecito

endofamiliare affondino su una (necessaria) condotta dolosa del danneggiante (114).

Del resto, se il retroterra di una autonoma valorizzazione del dolo, affrancato dunque dalla ferrea equiparazione alla colpa, è costituito, fra l'altro, anche dalla necessità di limitare talvolta alle sole azioni compiute con *animus nocendi* l'incidenza di divieti legali ed interventi giudiziari, in ambiti ove appare viceversa preminente l'esigenza di riconoscere ai privati ampi margini di libertà (115), di tali istanze sarà fatale riscontrare la sussistenza anche in tema di relazioni familiari, e segnatamente di rapporti tra coniugi (116) ovvero tra genitori e figli.

Il che è, però quanto dire, dal punto di vista che qui ci occupa, di una responsabilità che allora, per struttura, si rivela altra da quella contrattuale, ai fini della cui venuta ad esistenza rimane infatti del tutto ininfluenza qualsivoglia elemento di connotazione soggettiva della condotta, seppure interferente con l'operare di cause di giustificazione (117).

(114) Cfr. G. Ferrando, *Responsabilità civile e rapporti familiari alla luce della l. n. 54/2006*, Fam. pers. e succ., 2007, 590 s., spec. 594; Facci, *La responsabilità dei genitori, La responsabilità nelle relazioni familiari cit.*, 206-207. In termini più sfumati v. C. Favilli, *Tolleranza e correttezza negli illeciti tra coniugi, Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. I, (Milano 2008), 109 s., spec. 123. Articolata, infine, la posizione espressa da P. Cendon e G. Sebastio, *La crisi dell'immunità nei torti in famiglia*, Trattato resp. civ. pen. fam., a cura di Cendon, vol. III, (Padova 2004), 2775 s.

(115) Cfr. P. Trimarchi, voce *Illecito (dir. priv.)*, Enc. dir., vol. XX, 90 s., spec. 102; P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale* (Torino 1974), spec. 22 s. nonché 464 s. (testo e note); C. Salvi, *La responsabilità civile*² (Milano 2005), 158-159. Come si avrà modo di chiarire in seguito, tuttavia, la possibilità che il dolo venga ad interferire sull'*an* della responsabilità contrattuale non è però da intendere, come pure è stato proposto (v. in particolare Cendon, *Il dolo cit.*, 403), nel senso di un suo diretto rilievo nel giudizio formale sulla ingiustizia del danno, quanto piuttosto nei termini di una sua incidenza sul versante delle cause di giustificazione.

(116) Cfr. da ultimo, Trib. Venezia 14-5-2009, cit.

(117) V., per tutti, L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, Riv. crit. dir. priv., 1984, 515; C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, Le ragioni del diritto: Scritti in onore di Luigi Mengoni (Milano 1995), 147 s., spec. 157 s.; Id., *Le due specie di responsabilità e il problema del concorso*, in questa Rivista, 2004, 69 s., spec. 73.

6. Ribadita allora la compatibilità teorica tra responsabilità civile e famiglia, e smentita per contro una incidenza attrattiva (assorbente) del paradigma di responsabilità contrattuale rispetto alla violazione dei doveri comportamentali di cui al Libro I del codice civile, è ora possibile focalizzare l'attenzione su quegli elementi che, nella medesima cornice, consentano di leggere talune condotte o omissioni alla stregua di fatti produttivi di danno ingiusto, a carico di un congiunto di colui che le tenga, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2043 e 2059 c.c. Quanto dire, in pari tempo, della individuazione dei tratti distintivi delle fattispecie in cui si sostanziano gli illeciti in esame, nonché degli adattamenti cui, sui piani strutturale e funzionale, deve, se del caso, essere sottoposta la *machinery* aquiliana, che vi dà veste rimediale.

Paradossale per quanto possa apparire, l'indagine volta ad isolare i connotati tipici di una "categoria" omogenea degli illeciti endofamiliari può giovare delle indicazioni attingibili da regole che danno semplicemente prova della esistenza di punti di contatto tra responsabilità civile e rapporti familiari, piuttosto che marcare la diretta penetrazione dell'una negli altri.

Com'è noto, non sono mai risultati estranei al sistema precisi momenti di raccordo tra disciplina del torto e diritto di famiglia; all'opposto, essi sono stati fin da principio organici allo stesso impianto codicistico. Valga, per tutti, l'esempio dell'articolo 2048 c.c., alla cui stregua posizioni giuridiche « proprie » giusfamiliari concorrono a definire l'ambito applicativo di una figura di responsabilità c.d. vicaria (118).

(118) Cfr. i rilievi di Patti, *Le Sezioni Unite* cit., 5 s. Si noti che per quanto sia emersa una tendenza interpretativa volta ad identificare i soggetti cui la responsabilità vicaria ex art. 2048 c.c. può essere imputata, in coloro in capo ai quali siano da ritenere sussistenti i doveri educativi di cui all'art. 147 (cfr., da ultimo, Cass. 28-08-2009 n. 18804, Guida al dir., 2009, 38, 24 s.), non è anche richiesta la prova dell'inadempimento di questi stessi doveri: v. ampiamente P. Morozzo della Rocca, *Responsabilità e minore età* (Napoli 1994); L. Corsaro, *Funzioni e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore*, Scritti in onore di Angelo Lener (Napoli 1990), 387 s. Contra v. tuttavia Cass. 26-6-2001 n. 8740. Sull'articolo 2048 e sul congegno risarcitorio cui mette capo v. U. Ruffolo, *La responsabilità vicaria* (Milano 1976). Il paradigma della responsabilità vicaria dei genitori per i danni

Ed ancora può ricordarsi l'articolo 129 del d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 (c.d. codice delle assicurazioni) — già art. 4 della legge 990 del 1969 — il cui comma 2, alla lettera b), prescrive infatti che, ad eccezione dei danni alle cose, vadano per il resto considerati *terzi* rispetto al conducente, e di conseguenza non esclusi dalla copertura dell'assicurazione obbligatoria per danni prodotti da circolazione di autoveicoli, « *il coniuge non legalmente separato, il convivente more uxorio, gli ascendenti, i discendenti legittimi, naturali o adottivi* ».

Malgrado si abbia, in tal caso, una estensione della legittimazione attiva alla pretesa risarcitoria, a favore di quanti risultino legati da relazioni coniugali o parentali con l'autore della condotta lesiva, neppure questa disposizione, come già quella codicistica prima richiamata, suggella però un qualche diretto rilievo (anche) aquiliano per violazioni di regole di condotta già prescritte in ambito strettamente familiare, sebbene di certo confermi come l'esistenza di relazioni familiari non delinei un recinto entro il quale il rimedio aquiliano non possa avere ingresso.

Ora, giusto la omogeneità dei rilievi sollecitati dagli artt. 2048 c.c. e 129 d.lgs. 209/2005, ossia il carattere sostanzialmente « neutro » che vi assume il rapporto di parentela, per lo meno rispetto all'*an* del risarcimento extracontrattuale, consente però, argomentando *a contrario*, di enucleare un primo connotato delle fattispecie che dia vita alla categoria degli illeciti intrafamiliari: l'elemento soggettivo, costituito dal legame che unisce danneggiante e danneggiato, è condizione sì necessaria ma non anche sufficiente ad integrarle.

Non è, in altri termini, tale vincolo un elemento da solo in grado di concretare — va da sé, in correlazione alla esistenza di un danno ingiusto — lo schema del torto intrafamiliare, oc-

causati a terzi dal figlio minore non emancipato costituisce, come è noto, un dato comune alla più parte dei sistemi giuridici europei, seppure dovendosi registrare una impostazione più flessibile che accomuna Austria e soprattutto Gran Bretagna rispetto alla restante parte degli ordinamenti continentali: cfr. P. Giliker, *Parental Liability for Harm Caused by Children: A Comparative Analysis*, Responsible Parents & Parental Responsibility, a cura di R. Probert, S. Gilmore ed J. Herring, (Oxford and Portland, Oregon 2009), 333 s., spec. 339.

correndo altresì che la condotta costitutiva del fatto generatore di danno presenti già uno specifico ed autonomo rilievo nella cornice della regolazione giuridica della famiglia.

Quella che vede cumulabili rimedio « proprio » e rimedio risarcitorio di stampo aquiliano è, del resto, e non a caso, da intendere come situazione possibile, quando non già normale (119), tanto più che pare anzi avallata da svariate disposizioni, codicistiche e non (120). Diversamente opinando, la categoria (dei torti intrafamiliari) diverrebbe a tal punto generica da includere anche, e soprattutto, ipotesi in cui la relazione parentale nulla aggiunga e nulla tolga al sorgere ordinario — quanto ai presupposti — di un rapporto obbligatorio di fonte aquiliana, risolvendosi, per conseguenza, in una inutile sovrastruttura concettuale. In simili casi, infatti, il rapporto soggettivo « qualificato » che corre tra chi tiene la condotta illecita e chi ne patisce le conseguenze lesive, rappresenta niente più che uno sfondo inerte, vuoi rispetto all'apprezzamento dell'agire dell'un soggetto, vuoi soprattutto in ordine alla qualificazione ed al trattamento giuridico da riservare al pregiudizio riportato dall'altro, a poco o nulla rilevando poi il fatto che la costanza del rapporto parentale renda per lo più « virtuale » l'attivazione concreta della pretesa riparatoria.

Assumere, tuttavia, che in tanto si diano illeciti endofamiliari in quanto sussista una doppia qualificazione, tanto cioè sul fronte soggettivo che su quello oggettivo, e che da questo secondo vengano in rilievo condotte che ammontino già a violazioni di prescrizioni giuridiche relative a doveri comportamentali, minaccia, almeno a prima vista, di reagire sulla stessa fisionomia che, in corrispondenza di quegli illeciti, viene ad assumere la fattispecie aquiliana.

(119) Se ne ha conferma, del resto, attraverso una pur sommaria disamina della casistica giurisprudenziale: cfr. F. Bilotta, *La Famiglia*, Il nuovo danno esistenziale, a cura di Bilotta e Ziviz (Bologna 2009), 225 s.; A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile* (Milano 2003), spec. 104-108.

(120) Oltre al già citato art. 129-bis c.c., possono infatti bene ricordarsi gli artt. 6 l. div. e 49 l. adoz.: cfr. in tal senso Ferrando, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile* cit., 400 s., spec. 401.

7. Non essendo in dubbio che comportamenti normalmente in grado di metter capo ad una lesione a carico di diritti della persona e generare obbligazione risarcitoria, come tali continuino a rilevare anche allorché posti in essere all'ombra di una cornice parentale, quel che gli illeciti endofamiliari sotendono, come categoria autonoma, è che determinate condotte, già di per sé integranti violazioni di doveri « propri » della relazione familiare — e non anche invece valevoli tra estranei — contribuiscano al prodursi di un danno ingiusto (non patrimoniale) a carico di un congiunto di chi le ponga in essere; di più, che di quel danno esse costituiscano una *tipica* scaturigine. Donde però il passo è breve fino ad ipotizzare un interessamento a carico della stessa struttura analitica della responsabilità civile.

In effetti, le ipotesi ricondotte (o riconducibili) alla categoria degli illeciti endofamiliari, per quanto detto, ossia per la peculiare dimensione oggettiva che le connota, fatalmente indurrebbero a spostare il baricentro della fattispecie dal danno alla condotta, o comunque dal solo danno anche alla condotta.

Non solo e non tanto in quanto l'agire del danneggiante vi si presenta con fattezze di tendenziale tipizzazione — o per lo meno secondo *Fallgruppen* isolabili in corrispondenza dei diversi doveri, prescritti dalle norme gius-familiari — questa essendo, infatti, a ben vedere, circostanza sì peculiare, ma non anche tale da importare deviazioni strutturali della fattispecie concreta rispetto al suo modello astratto (art. 2043 c.c.). Piuttosto, in quanto quella condotta, caratterizzata in tesi da contrarietà all'ordinamento (i.e. da anti-giuridicità) — siccome violazione di doveri prescritti da norme di diritto familiare — rischia di venire (fra)intesa quale condizione essa stessa determinativa dell'ingiustizia (del danno), così da rilanciare una lettura della responsabilità extracontrattuale che annoveri il carattere *non iure* dell'azione quale necessario comprimario dell'essenza *contra ius* del danno (121).

(121) Cfr. Trib. Firenze 13-6-2000, Danno e resp. 2001, 741 s., con nota adesiva di G. De Marzo, 745 s., spec. 746. V. altresì G.M. Riccio, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, Danno e resp., 2006, 585 s., spec. 591.

È noto il dibattito che ha impegnato la nostra migliore dottrina intorno al ruolo della antigiuridicità nella *machinery* aquiliana; benché non sia certo possibile darne conto in questa sede (122), è però opportuno ribadire l'approdo interpretativo che, in relazione ad esso, risulta più convincente sul piano sistematico e meglio aderente alla lettera dell'articolo 2043 c.c. come norma di fattispecie, ossia quello che rimarca la irrilevanza del tratto *non iure* della condotta del danneggiante, sia alla stregua di una prospettiva sommativa degli elementi costitutivi della responsabilità (ove cioè l'antigiuridicità sia ritenuta doversi aggiungere alla ingiustizia); sia entro una più complessa visione che elevi la contrarietà della condotta all'ordinamento, a componente del giudizio sulla ingiustizia del danno (123).

A parte il rilievo della sua mancata menzione tra gli elementi (di struttura) che è dato ricavare dalla norma di riferimento della tutela *in tort* (124), è stato opportunamente sottolineato come, in tanto avrebbe senso discorrere di antigiuridicità dell'agire, come requisito ulteriore della fattispecie, in quanto quel predicato — contrariamente a ciò che invece accade — fosse capace di introdurre un diverso ed autonomo piano di valutazione, rispetto a quello propriamente attinente il danno (125); e che, d'altronde, non più plausibile risulta il tentativo di recupero dell'antigiuridicità nel corpo stesso della nozione di ingiustizia, intesa cioè come sintesi linguistica di un danno prodotto *non iure* e *contra ius*, così che il relativo

(122) Se ne veda, tuttavia, un'accurata ricostruzione in F. Piraino, « *Ingiustizia del danno* » e antigiuridicità, in questa *Rivista*, 2005, 703 s.

(123) Ampia disamina critica in Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 17 s.; Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e danno meramente patrimoniale*, in questa *Rivista*, 2008, 349 s., spec. 362; C. Scognamiglio, *L'ingiustizia del danno, Illecito e responsabilità civile*, a cura Scognamiglio, Figone, Cossu, Giacobbe e Monateri, t. I, (Torino 2005), 42 s.; Piraino, « *Ingiustizia del danno* » cit., spec. 721 s.

(124) Cfr. ancora Piraino, « *Ingiustizia del danno* » cit., ed ivi più ampi riferimenti bibliografici anche con riguardo alla dottrina penalistica.

(125) Così Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e danno meramente patrimoniale* cit.

scrutinio debba svolgersi all'insegna di un bilanciamento tra le contrapposte posizioni di danneggiante e danneggiato (126).

Ciò confligge, infatti, con il carattere di norma secondaria (e di fattispecie) che è ascrivibile all'articolo 2043 c.c., mettendo capo, da un canto, ad una sorta di « *giustizia del caso concreto* » che invece il codice non autorizza a fare (127); e minando, dall'altro, la esigenza di dare « *una risposta in termini garantistici agli accadimenti dannosi* », la quale solo può dirsi appagata allorché si metta anticipatamente in chiaro, ed in astratto, « *perché si è fatti responsabili del danno ed a quali condizioni* » (128).

Senonché, ad un più attento esame ci si avvede di come, in realtà, gli illeciti endofamiliari finiscano col corroborare, anziché smentire, queste fondamentali indicazioni ricostruttive.

Guardando alla ormai copiosa casistica giurisprudenziale, non solo esce ribadita l'insufficienza della condotta vietata a fare scaturire come automatico l'effetto risarcitorio; ma il danno risarcibile da illecito endofamiliare risulta altresì, quanto ai beni che presuppone lesi, niente affatto « speciale » della cornice del Libro I, bensì corrispondente a quello evocato, in termini generali, dagli artt. 2043 e 2059 c.c.

Basti dire dell'unanime indirizzo che esclude il ricorrere di un danno *in re ipsa* in presenza di violazioni di doveri coniugali quali quelli di assistenza morale e materiale, fedeltà, ecc.; ovvero ancora dei doveri legati alla sfera della genitorialità, richiedendo, al contrario, nell'uno come nell'altro caso, ulteriori e più precisi riscontri probatori, attinenti peraltro alla lesione cagionata a carico di diritti fondamentali della persona (129), ed implicitamente escludendo ogni rilevanza delle

(126) Cfr., in tal senso M. Barcellona, *Strutture della responsabilità civile e ingiustizia del danno*, in questa *Rivista*, 2000, 439 s., spec. 499.

(127) Così Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2043 e 2059 c.c.* cit., 363-365.

(128) Così A. di Majo, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, *Riv. dir. civ.*, 2005, 243 s., spec. 244 ed ivi nt. 1.

(129) Cfr., *ex multis*, App. Brescia 5 giugno 2007, *Fam. dir.*, 2008, 481 s.; da ultimo, Trib. Venezia, 14 maggio 2009, cit.. Per una più ampia rassegna giurisprudenziale cfr. Bilotta, *La famiglia*, in Bilotta - Ziviz, *Il nuovo danno esistenziale* cit.; Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile* cit.

stesse disposizioni giusfamiliari violate quali norme primarie (130).

I riflessi di queste considerazioni non tardano a palesarsi.

Per un verso, infatti, anche in relazione agli illeciti endofamiliari, il fulcro della fattispecie risarcitoria rimarrà a ben vedere saldamente attestato sul solo danno, nel senso cioè che unicamente a questo andrà riferito — ed in relazione ad esso soltanto, verificato — il predicato della ingiustizia. Per altro verso, poi, non le prescrizioni di doveri comportamentali « propri » potranno venire lette direttamente quali norme primarie, cui riferire la norma secondaria di cui all'art. 2043, finendo esse semplicemente col fornire tipiche occasioni, tipici presupposti, del verificarsi di un danno la cui ingiustizia e risarcibilità dipenderanno comunque da una più ampia aderenza del fatto alla analisi della fattispecie astratta di riferimento.

Quanto dire, da un punto di vista sistematico, di un'appartenenza allora piena degli illeciti endofamiliari al paradigma generale di responsabilità civile, con buona pace di tentazioni settorializzanti.

8. Per lo meno così abbozzato, tuttavia, un approdo ricostruttivo che smentisca ogni autonomia di statuto dei danni intrafamiliari, e li collochi piuttosto sul piano generale della responsabilità civile, ossia all'ombra della unitaria regola di fattispecie (art. 2043 c.c.) e nell'alveo di una tra quelle di risarcimento, com'è da intendersi l'articolo 2059 c.c. (131), non può che dirsi solo provvisorio e comunque parziale; non tanto per quanto lascia ancora da verificare sul terreno esclusivo delle ipotesi di torto in parola, bensì per i chiarimenti che impone, e le riflessioni che sollecita, in merito al rimedio aquiliano in sé considerato, sotto il profilo della struttura come della funzione.

Ed invero, affermare che una lettura attraverso il prisma della tutela *in tort* faccia risaltare le lesioni occasionate (a par-

(130) Cfr. per tutte, Cass. 10-5-2005 n. 9801, cit.; App. Torino 21-2-2000, Foro it., 2000, I, 1555 s.

(131) Si rinvia ancora alla sistematizzazione in chiave tipologica proposta da di Majo, *Tutela risarcitoria* cit., 248; indicazioni analoghe in Scalisi, *Danno alla persona e ingiustizia* cit., 156.

tire) da violazioni di doveri familiari solo in quanto ipotesi di danno non patrimoniale, importa una saldatura tra questioni di specie (tutela dei diritti inviolabili e solidarietà familiare) e questioni di genere (regole d'uso del danno non patrimoniale) il cui primo risultato parrebbe essere quello di riproporre, ancora una volta, benché da altra angolazione, il nodo teorico dei parametri per uno scrutinio della ingiustizia del danno.

Da un canto è, infatti, il contesto familiare, per quanto gli è proprio in termini di equilibrio tra istanze del singolo ed esigenze di solidarietà interna, a reclamare una più complessa verifica circa il ricorrere di lesioni risarcibili, legata cioè al previo accertamento che la condotta dell'agente abbia davvero e direttamente raggiunto — menomandolo — il nucleo di diritti inviolabili dell'individuo, anziché fermarsi al di là di tale soglia e rilevare solo quale causa di una lesione indiretta (132). Dall'altro, è invece lo statuto costituzionalmente orientato del danno non patrimoniale, come « riscritto » dalle Sezioni Unite con le pronunzie del novembre 2008, ad esigere una indagine sulla risarcibilità basata (anche) sul canone della gravità della lesione, da valutarsi alla luce di un temperamento tra solidarietà e tolleranza.

Ora, l'una e l'altra istanza, o per meglio dire l'una coniugata all'altra, non fanno a prima vista altro che rilanciare l'idea di una verifica sulla ingiustizia del danno (qui non patrimoniale) da condurre all'insegna di un bilanciamento tra le contrapposte posizioni di danneggiante e danneggiato, di autore della condotta e vittima delle sue conseguenze lesive (133).

Si tratta come è noto di una versione più sofisticata della

(132) Vedi, in proposito, gli opportuni rilievi di Navarretta, *I danni non patrimoniale* cit., 27; cfr. altresì Favilli, *Tolleranza e correttezza* cit., 120 s.

(133) Cfr. già G. Scaduto - D. Rubino, voce *Illecito (atto)*, Noviss. Dig. it., VI, Torino, 1938, 705; P. Trimarchi, voce *Illecito*, Enc. dir., vol. XX (Milano 1970), 98; Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale* cit., 403, sebbene nell'ottica di una valorizzazione della possibile incidenza del dolo anche sull'*an respondeatur*. Più recentemente, la chiave interpretativa del bilanciamento degli interessi è accolta e sviluppata da Scalisi, *Danno alla persona e ingiustizia* cit., 159; Id., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, Riv. dir. civ., 2004, 29 s., 50; Barcellona, *Strutture della responsabilità civile* cit. 439 s.

tesi che vuole l'antigiuridicità (dell'azione) come ingrediente della ingiustizia; e che ha conosciuto poi ulteriori, più recenti, affinamenti, incorporando la teoria dell'abuso del diritto e la regola di correttezza quale suo modulo operativo (134).

Anche in tal caso l'economia di queste note non ci consente di affrontare con la dovuta accuratezza i termini di un dibattito annoverabile tra i più complessi cui la responsabilità civile abbia fatto da sfondo.

Contro la praticabilità di una tecnica di giudizio che, ai fini del responso sulla ingiustizia del danno, si affidi alla valutazione comparativa, al bilanciamento di contrapposte posizioni soggettive in conflitto, è tuttavia qui sufficiente richiamare ancora una volta l'autorevole opinione di chi ne ha segnalato il carattere in certa misura eversivo, consistente in ciò, che essa finirebbe con l'affidare al giudice, pure a prescindere da qualsivoglia investitura formale *ex art.* 2043 c.c., un potere di (ri)scrittura occasionale della rilevanza dell'interesse leso nell'ordinamento, in funzione cioè del contingente conflitto con altri interessi; ed ancora che, per tale via, quella stessa tecnica decisionale metterebbe capo ad uno slittamento del predicato di ingiustizia, dal danno (come prevede il codice) alla condotta (135).

(134) Cfr. F.D. Busnelli - E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, Studi in onore di Pietro Rescigno, vol. V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti* (Milano 1998), 77 s.; E. Navarretta, *Bilanciamento di interessi costituzionali e regole civilistiche*, Riv. crit. dir. priv., 1998, 625 s., spec. 642.; Favilli, *Tolleranza e correttezza negli illeciti tra coniugi cit.*, 120 s. Una cauta apertura all'innesto della teoria dell'abuso del diritto nelle maglie della responsabilità civile ci pare di cogliere, poi, in A. Gambaro, voce *Abuso del Diritto*, *Il Diritto comparato e straniero*, Enc. giur. Treccani, vol. I, 4. Sul fronte giurisprudenziale, il caso più eclatante di accoglimento della raffigurazione della responsabilità civile nei termini di cui al testo si riscontra in Cass. s.u., 22-7-1999 n. 500, in questa *Rivista*, 1999, 1221 con note di C. Castronovo, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile* e di S. Agrifoglio, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*.

(135) Vedi, per tutti, Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto cit.* 365 s. In senso analogo le indicazioni di Castronovo, *La nuova responsabilità civile cit.*, 27-28. Attribuisce poi, condivisibilmente, al bilanciamento degli interessi in conflitto, un valore di mera descrizione estrinseca del procedimento logico seguito dall'interprete, ancorato comunque alle diverse *rationes*

Venendo, poi, alla tesi che risolve il giudizio comparativo, prima evocato, alla stregua della teorica dell'abuso del diritto e della regola operativa di correttezza che si vuole gli sia propria, deve certo riconoscersi, in termini generali, come la cornice familiare fornisca il sostrato relazionale di primo acchito idoneo a propiziare l'operatività della regola di correttezza (136); rilievo, questo, che vale ad affievolire la forza argomentativa — per il resto innegabile, in relazione a tutte le altre ipotesi di conflitto aquiliano — della obiezione secondo cui di correttezza non sarebbe dato discorrere al di fuori ed al di là di un previo rapporto tra le parti (137).

È però sotto altri aspetti che il richiamo all'abuso risulta inappagante, quando non già improprio.

Innanzitutto, si palesa un più corto passo dell'abuso del diritto rispetto alla ingiustizia del danno, non riuscendo l'uno infatti a coprire tutte quelle situazioni in cui l'azione mostri una specifica connotazione antigiuridica, che la renda dunque irriducibile allo schema di un esercizio, formalmente ineccepibile, di una qualche prerogativa, di un diritto o una libertà, legittimamente riconosciute al singolo dall'ordinamento (138).

Inoltre, e soprattutto, gli è che anche a voler ignorare le perplessità in ordine alla fondatezza dogmatica di una nozione quale quella di abuso del diritto (139), un apprezzamento circa la natura della condotta e gli interessi (o diritti) ad essa retrostanti, non al momento della ingiustizia del danno attiene, bensì ad uno successivo e distinto rispetto alla sua verifica, incidendo infatti esclusivamente sul sorgere dell'obbligazione risarcitoria, ossia sulla trasferibilità o meno del danno (in senso

sottese alle singole soluzioni normative, Scognamiglio, *L'ingiustizia del danno cit.*, 45.

(136) V. Navarretta, *Bilanciamento di interessi cit.*, 639.

(137) Così invece Scognamiglio, *L'ingiustizia del danno cit.*, 46. In termini generali v., però, *contra* A. Checchini, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza* (Padova 1977).

(138) Cfr. Castronovo, *La nuova responsabilità civile cit.*, 28; Piraino, *Ingiustizia del danno cit.*, 751.

(139) Cfr. C. Scognamiglio, *L'ingiustizia del danno cit.*, 45.

economico) dalla sfera soggettiva della vittima a quella dell'agente (140).

Solo *ab externo*, dunque, l'apprezzamento dei caratteri dell'azione interferisce con la intervenuta valutazione del danno come ingiusto, potendosi cioè frapporre tra questa — sia pure senza sconfessarla (141) — ed il suo effetto tipico, dato dall'insorgere del vincolo risarcitorio; donde allora, non l'antigiuridicità deve dirsi costitutiva della fattispecie, bensì il ricorrere di una idonea causa di giustificazione, poter giocare un ruolo impeditivo circa il prodursi dei suoi effetti (142).

Ribadita però in tal modo, ed una volta di più, l'esclusiva inerenza al danno del predicato di ingiustizia, nonché, più in generale, rimarcata la struttura del congegno aquiliano come risultante di elementi essenziali ed eventuali della fattispecie, questi ultimi (cause di giustificazione), incidenti in negativo sul solo piano degli effetti, rimane ancora da chiarire se e come la *machinery* di responsabilità extracontrattuale, attraverso il suo statuto, sia capace di adattarsi e dare risposta a quelle sollecitazioni di cui si è detto in apertura di questo paragrafo, poste ora dallo scenario d'impiego endofamiliare, ora dal nuovo corso interpretativo sul danno non patrimoniale: temperamento tra tutela dei diritti inviolabili e margini adeguati di libertà, autonomia e solidarietà all'interno della famiglia, nell'un caso, "parametro" di gravità della lesione, nell'altro.

Anticipando gli esiti cui tende ad approdare la nostra analisi, può dirsi che, mentre una risposta al primo quesito appare ricavabile da una interpretazione evolutiva della regola di fattispecie, posta dall'articolo 2043 c.c.; altrettanto non pare possa dirsi in relazione al secondo, allorché si coglie anzi il generarsi — in dipendenza e per effetto del « requisito » non

(140) Vedi, al riguardo, le opportune considerazioni di Piraino, « *Ingiustizia del danno* » cit., 752-753.

(141) *Contra* v. però, fra gli altri, S. Patti, voce *Abuso del diritto*, Dig. disc. priv., sez. civ., vol. I, 7, secondo il quale « *Il danno eventualmente arrecato, proprio perché conseguenza di un atto di esercizio del diritto, non presenta il requisito della ingiustizia* ».

(142) In questi termini Castronovo, *La nuova responsabilità civile* cit., 24.

scritto di gravità dell'offesa — di una messa in tensione della conformazione tipologica classica della responsabilità civile, nel senso quasi di una fuga in avanti del danno non patrimoniale rispetto allo schema unitario della fattispecie (art. 2043 c.c.). E ciò benché, da altra angolazione, la linea di tendenza che sembra così prendere forma non manchi di rivelare un'interessante convergenza tra il nostro sistema aquiliano e l'evolversi del quadro di riferimento europeo in tema di *Tort Law*.

9. Nonostante la irrilevanza della qualifica (*non iure*) della condotta, ai fini della formulazione del giudizio sulla ingiustizia del danno, l'esigenza posta dall'innesto della tecnica extracontrattuale nella cornice familiare, ossia che la responsabilità non annulli o comprima eccessivamente il « *margin* di discrezionalità e di autonomia » che in quei rapporti presenta una importanza cruciale, senza per contro venir meno al proprio ruolo di strumento di tutela verso le « *vittime della famiglia che diviene istituzione cattiva* » (143), ci pare possa essere egualmente soddisfatta attraverso una lettura dei criteri di imputazione (144) che superi l'equiparazione rigida tra colpa e dolo, sebbene in una prospettiva differente da quella sin qui sostenuta da parte della dottrina.

Com'è noto, in una con l'abbandono della distinzione tra delitti e quasi-delitti, il codice civile del 1942 ha sostanzialmente convogliato il contenuto degli artt. 1151 e 1152, cod. civ. abr., entro un'unica disposizione (art. 2043 c.c.), ed al suo interno accostato il dolo alla colpa.

D'altra parte, proprio il venir meno della categoria (quella

(143) Cfr. Navarretta, *I danni non patrimoniali* cit., 27, da cui sono tratti i corsivi riportati nel testo; valutazioni analoghe, nel senso cioè della necessità di bilanciamento tra libertà e solidarietà esprimono N. Cipriani, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, Fam. e dir., 2008, 519 s., spec. 535, nonché Favilli, *Tolleranza e correttezza* cit., 121.

(144) Sulla tendenza evolutiva dei moderni sistemi di responsabilità civile costituita dalla perdita di centralità della colpa e dall'affacciarsi dunque di una vera e propria pluralità di criteri di imputazione v. Salvi, *La responsabilità civile* cit., 151 s.; C. Castronovo, *La responsabilità civile*, Manuale di Diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, vol. II (Milano 2007), 239 s.

dei delitti) rispetto alla quale, nel sistema previgente, era stato riconosciuto autonomo rilievo al dolo, nonché la intervenuta novità formale dell'appaiamento tra i due principali criteri di imputazione della condotta, hanno segnato il definitivo prevalere, in letteratura, della linea di pensiero incline ad una loro piena parificazione, ritenendosi così che la menzione congiunta che ne opera l'articolo 2043 c.c. (« *Qualunque fatto doloso o colposo* »), tradisca la volontà del legislatore di coprire l'intera gamma dei possibili fatti/atti da cui eziologicamente dipenda il prodursi di un danno ingiusto, rendendo al contempo irrilevante, rispetto all'*an respondeatur*, un accertamento dell'uno piuttosto che dell'altro stato soggettivo, ossia del dolo o della colpa. Impostazione, questa, che da altra angolazione, ossia sul diverso fronte dell'ammontare del risarcimento, si vuole poi corroborata anche alla luce dal mancato rinvio dell'articolo 2056 c.c. all'articolo 1225 c.c., che, in materia contrattuale, ed attraverso il suo comma 2, invece puntualmente differenzia l'entità del risarcibile in presenza di dolo, facendo cioè cadere il limite dei soli danni prevedibili (145).

Solo grazie al contributo di una attenta dottrina tale impostazione ha preso ad essere sottoposta a severo vaglio critico, giungendosi ad argomentare addirittura la esistenza di una autonoma categoria di illeciti, caratterizzati da una diretta incidenza del dolo — e non anche, eventualmente, della colpa — sull'*an e/o* sul *quantum respondeatur* (146). Il dolo, rispetto a tali ipotesi, e sempre stando alla opinione in commento, viene elevato ad elemento in grado di condizionare in positivo la venuta ad esistenza della fattispecie di responsabilità, nel senso cioè che in relazione alle situazioni ove se ne riconosca l'impronta caratterizzante lo si vuole non solo necessario ma altresì sufficiente ad integrarla (147).

(145) Cfr. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale* cit., 3 s.

(146) Scontato il rinvio a Cendon, *Il dolo* cit., 21 s.; ma v. già le indicazioni di Trimarchi, voce *Illecito* (dir. priv.), cit., 102.

(147) Cfr. Id., ivi, 225 ove infatti l'A. ricollega il successo della teoria dell'equiparazione tra colpa e dolo al prevalere di una lettura analitica della fattispecie, che porti a considerare come reciprocamente isolati gli elementi costitutivi, dettati dall'articolo 2043 c.c. e, proprio sulla scorta di tale premessa, giunge invece ad affermare che in virtù del semplice dolo un soggetto

Non sfugge, però, come centrale ritorni in tal modo ad essere l'idea di un imprescindibile apprezzamento, giusto ai fini della inchiesta sulla ingiustizia, dell'interesse di cui l'agente era portatore, nonché delle sfumature soggettive della condotta dal medesimo tenuta (148): la valutazione del danno, infatti, per quanto formale, poiché condotta alla stregua degli indici legali di protezione dell'interesse leso, si vuole dia luogo solo ad una condizione di risarcibilità astratta o provvisoria, in attesa di concretizzarsi e stabilizzarsi all'esito di una successiva indagine intorno alle opposte posizioni in conflitto (149) e segnatamente — quando ne ricorrano i presupposti — intorno alla sussistenza o meno di un intento doloso del danneggiante.

È allora inevitabile che rientrino in gioco le dirimenti considerazioni, prima svolte, circa l'esclusiva inerenza al danno dello scrutinio sulla ingiustizia, da intendersi come necessità e sufficienza dell'accertamento di una lesione a carico di una situazione giuridica già fatta oggetto di previo riconoscimento ad opera dell'ordinamento giuridico, senza anche inclusione di valutazioni legate al modo d'essere della condotta del danneggiante ed alle sue ragioni. Non, peraltro, per sterile dogmatismo bensì per quella medesima fedeltà al dettato positivo (articolo 2043 c.c.) che alimenta, per altro verso, la stessa messa in discussione della equiparazione rigida tra colpa e dolo.

Rigettare la tesi che vuole lo stato soggettivo doloso rifluire nella *ingiustizia*, non necessariamente importa, tuttavia, un ripiegamento sulla linea interpretativa tradizionale, che esclude ogni risalto per sfumature soggettive dell'azione, denotative di malafede dell'agente, ossia di una sua piena consapevolezza circa la dannosità della condotta ed il carattere ingiusto del danno potenzialmente da essa scaturente (150); solo ne sollecita un diverso inquadramento.

potrebbe essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità extracontrattuale, pure in difetto ad esempio di nesso causale tra condotta ed evento lesivo, nonché in presenza di una causa di giustificazione.

(148) Cfr. Id., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale* cit., 403 s. nonché 225.

(149) Cfr. Id., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale* cit., 420; P. Cendon - L. Gaudino, *Il dolo*, La responsabilità civile, Rass. di dottr. e giur. diretta da G. Alpa e M. Bessone, vol. I, Torino, 1987, 84.

(150) Vedi Busnelli, voce *Illecito civile* cit., 10; propongono una no-

Si tratta, infatti, di far salva la *pars destruens* della tesi sui c.d. « illeciti di dolo » — ossia la sconfessione della piena fungibilità tra dolo e colpa — spendendone però i guadagni ricostruttivi sul terreno delle cause di giustificazione della responsabilità civile, così da ipotizzare nel dolo un possibile limite alla loro operatività, per lo meno in quei contesti — tra i quali quello familiare — ove più forte si fa l'esigenza di non comprimere troppo i margini di libertà dell'individuo, di non condizionarne cioè oltre misura l'azione e la libera determinazione.

In altri termini, e con maggiore precisione, quando riferita a relazioni parentali e cagionata, direttamente o meno, da comportamenti pure di per sé integranti violazione di doveri coniugali o genitoriali, la lesione a carico di diritti inviolabili della persona conoscerebbe un innalzamento della soglia di risarcibilità, consistente in ciò che, fermo restando il connotato di ingiustizia del danno eventualmente arrecato, la venuta ad esistenza della obbligazione risarcitoria verrebbe però neutralizzata dal prevalere della eccezione di esercizio di diritti e/o libertà; solo uno sviamento delle facoltà corrispondenti a siffatte situazioni giuridiche attive, attuato con consapevolezza tanto della potenzialità dannosa della condotta che lo inveri, quanto della ingiustizia del danno potenziale (quanto dire: attuato con dolo), farebbe cadere ogni schermo scriminante e darebbe campo libero al prodursi degli effetti della fattispecie aquiliana.

Non sfugge certo come una simile proposta ricostruttiva debba subito confrontarsi con la obiezione legata alla (in)compatibilità tra invocazione della formula « *iure suo uti* » e condotte cui inerisce una carica antiggiuridica, quali quelle che integrano violazione di doveri familiari.

Senonché, può a ciò replicarsi osservando come l'antigiuridicità che marchia l'agire contrario alle prescrizioni comportamentali riconducibili all'alveo degli artt. 143, comma 2 e 147 c.c., nasce e si apprezza, come tale, sul solo terreno giusfamiliare, senza anche automaticamente trasmigrare su quello

zione ampia di dolo in sede aquiliana, ossia quale « contenitore generale » in grado di racchiudere « ogni dato che oltrepassi la frontiera della intensità della colpa » Cendon e Gaudino, *Il dolo* cit., 78 s.

aquiliano; il che viceversa accade solo in presenza di dolo generico, come prima inteso, da parte dell'autore della condotta stessa (danneggiante).

Contrariamente opinando, del resto, si andrebbe incontro al paradosso per cui la preesistenza del rapporto tra danneggiante e danneggiato, mentre non rilevarebbe in negativo, in guisa da non costituire ostacolo alla applicazione della responsabilità civile, peserebbe — ed in modo consistente — in positivo, così cioè da importare il travaso in blocco, sul piano del rimedio comune, di valutazioni che unicamente attengono ad un contesto retto da sue proprie *rationes* e che solo in quell'ambito connotano quindi di disvalore, comportamenti e situazioni altrimenti riconducibili alla sfera di autodeterminazione dell'individuo, alla sfera cioè della sua libertà e discrezionalità.

La scelta ad esempio di colui che non intenda condividere più, in tutto o in parte, un progetto di vita comune con l'altro coniuge, e che per tale ragione commetta adulterio o venga meno ai doveri di assistenza morale, mentre è sempre censurabile nella cornice ristretta del rapporto familiare e della sua regolamentazione, non altrettanto direttamente risulta esserlo in quella allargata di salvaguardia dei diritti inviolabili; e ciò per via d'una sorta di sterilizzazione che la cornice del diritto comune indirettamente importa a carico della azione o omissione, affrancandola dalla qualificazione negativa che le proviene dal contesto giusfamiliare, e piuttosto portandone in risalto l'essenza di scelta libera dell'individuo, quando non già di momento di esercizio di un qualche suo diritto soggettivo.

Basti ricordare, del resto, l'indirizzo giurisprudenziale che qualifica come diritto di libertà quello di separarsi o divorziare (151); ma, in modo ancor più pertinente rispetto al punto di vista che ci occupa, potrebbe forse meglio dirsi della scelta abortiva, compiuta dalla moglie senza consultare il coniuge,

(151) Cfr. Cass 6-4-1993 n. 4108, Foro it. Mass., 1993. Vedi, altresì, ed in direzione almeno in parte convergente rispetto alla tesi proposta nel testo, le osservazioni di F. Galgano, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, Contr. impr., 2008, 73 s., spec. 100, ad avviso del quale, in termini generali, l'esimente di esercizio del diritto potrebbe venire legittimamente invocata anche « da chi si rifiuta di riconoscere il figlio naturale ».

benché nel pieno esercizio di quel diritto che alla donna, e ad essa soltanto, la legge 194 del 1978 opportunamente assegna.

Mentre non è infatti da escludere che una scelta del genere possa avere l'effetto di minare la coesione tra i coniugi, di segnare cioè il venir meno — almeno agli occhi del coniuge il cui parere sia stato pretermesso o comunque ignorato — delle ragioni stesse della unione matrimoniale e quindi di rilevare quale potenziale motivo di addebito in sede di separazione (152); va viceversa tendenzialmente escluso che essa possa avere un automatico risalto aquiliano, pure laddove abbia cagionato un danno ingiusto (non patrimoniale) all'altro coniuge-mancato padre. Contrariamente opinando si addiverrebbe al risultato di creare un intollerabile condizionamento a carico della donna, rispetto al compimento della scelta abortiva, che la legge vuole, per l'appunto, libera.

Deve però subito fuggirsi il sospetto che si intenda in tal modo evocare una capacità scriminante automatica ed illimitata della eccezione di « *iure suo uti* », specie ove applicata ai comportamenti di rilevanza familiare. Strada, questa, non percorribile, vuoi in quanto varrebbe a riproporre sotto mentite spoglie l'idea della immunità della famiglia alle tutele comuni e segnatamente a quella *in tort*; vuoi soprattutto perché contrasterebbe apertamente con i risultati ormai acquisiti alla moderna lettura delle cause di giustificazione in sede aquiliana, che le vuole viceversa ben delimitate nel loro raggio di azione (153).

È così nel presupposto che solo entro certi limiti l'esercizio del diritto interdice la sottoposizione del suo titolare, siccome danneggiante, a responsabilità, che può ben scorgersi nell'articolo 833 c.c., pure non direttamente applicabile in sede aquiliana (154), l'unico attendibile referente normativo alla cui

(152) Ma vedi in senso contrario Trib. Monza 26-1-2006, Dir. fam., 2006, 1768.

(153) V. per tutti le indicazioni di Scalisi, *Ingiustizia del danno* cit., 54 s.

(154) Vedi per tutti già Torrente, voce *Emulazione (diritto civile)*, Noviss. dig. it., VI, (Torino 1960), 521 s., spec. 524.

Sull'indirizzo giurisprudenziale tendente ad escludere una applicazione analogica dell'art. 833 c.c. ad altri ambiti e materie che non quella dei diritti reali cfr. adesivamente A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Tratt. Cicu -

stregua ricostruire la soglia oltrepassata la quale la eccezione cui quell'esercizio mette capo perde pregio (155). Ed è d'altra parte noto come il criterio direttivo ricavabile dalla norma sugli atti emulativi risieda nella sintesi di un elemento oggettivo, dato dallo sviamento dell'interesse concretamente perseguito, rispetto a quello in funzione del quale l'ordinamento attribuisce e tutela la singola situazione giuridica attiva (156); nonché di uno soggettivo, da intendersi però, a tacer d'altro per via della prova diabolica cui metterebbe capo, non quale *animus nocendi*, come pure vuole l'indirizzo dominante (157), bensì in termini di consapevolezza circa il carattere potenzialmente dannoso della condotta tenuta, nei riguardi di terzi (158).

Ora, se discorrere di consapevolezza circa la dannosità della condotta è quanto dire della nozione di dolo aquiliano

Messineo - Mengoni (Milano 1995) 484-485; è tuttavia lo stesso A. a spiegare, poco dopo, la marginalità scontata dalla norma in esame in ciò, che l'*aemulatio* del titolare del proprietario si oggettiva in « *esternalità negative già presidiate da altre disposizioni normative* », 493.

(155) Per una ricostruzione dei termini generali del dibattito sui limiti esterni da assegnare all'esercizio del diritto come causa di giustificazione, nonché sulla possibilità di un riferimento (esclusivo) all'art. 833 c.c. vedi Piraino, « *Ingiustizia del danno* » cit., 775 s., ed ivi i riferimenti bibliografici essenziali.

(156) In tal senso l'insegnamento di S. Romano, *Abuso del diritto*, Enc. dir. vol. I (Milano 1958), 166 s. e U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1958, 18 s.; conformemente vedi F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*³, vol. I, (Padova 1999), 339; più recentemente, cfr. poi Piraino, « *Ingiustizia del danno* » cit., 778, nonché C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto* (Milano 2007), 80 s. Vedi, però le osservazioni critiche di Busnelli - Navarretta, *Abuso del diritto* cit., 186-187.

(157) Cfr. Cass. 25-3-1995 n. 3558, Giur. it., 1996, I, 378. Criticamente tuttavia G. Alpa, *L'arte del giudicare* (Roma-Bari 1996), 8; Gambaro, *Abuso del diritto* cit., 5, nonché Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto* cit., 90.

(158) Cfr. per tutti U. Natoli, *La proprietà*, rist. della II ed. (Milano 1980), 167, il quale richiama espressamente a paradigma di riferimento la *scientia* richiesta quale presupposto dell'azione revocatoria. Mostra di condividere una valutazione critica, in punto di prova, della tesi che richiede come necessario il riscontro di un *animus nocendi*, E. Guerinoni, *Il divieto di atti emulativi*, Trattato dei diritti reali dir. da A. Gambaro ed U. Morello, vol. I, *Proprietà e possesso* (Milano 2008), 514.

già innanzi richiamata (159), v'è che allora il dolo dell'agente, appaiato ad uno sviamento degli interessi alla base di prerogative e/o facoltà derivanti dalla titolarità di diritti, poteri o libertà individuali, descrive esattamente la dinamica su cui riposa l'operare della causa di giustificazione c.d. generale, e da cui dipende la « sanzionabilità » o meno, *in tort*, dell'illecito endofamiliare (160).

La tenuta di condotte che pure, nella prospettiva della regolazione giuridica della famiglia, ammontino a violazione di doveri di contenuto non patrimoniale, oltre a non integrare automaticamente danno ingiusto ai sensi e per gli effetti degli artt. 2043 e 2059 c.c., va così letta quale esercizio di libertà e/o diritti spettanti al singolo soggetto (coniuge, genitore o figlio che sia).

Di talché, ferma restando la applicazione del rimedio specifico eventualmente previsto di volta in volta dalle disposizioni del libro I del codice civile, accade che quand'anche si sia in presenza di un danno ingiusto non patrimoniale a carico di un congiunto, imputabile eziologicamente a quelle medesime azioni (o omissioni), il generarsi dell'effetto risarcitorio verrà comunque interdetto dall'operare della causa di giustificazione di *iure suo uti*, per lo meno quante volte non sia dato scorgere il sussistere di un dolo (generico) nell'agente e, con esso, uno stravolgimento — in chiave di lesione altrui — delle finalità per le quali i poteri, le facoltà, siano riconosciuti al singolo.

Anche a voler tralasciare le considerazioni sollecitate dal ruolo della mala fede in seno al dispositivo di cui all'art. 129-bis c.c. (161), significativa conferma di questa impostazione reputiamo provenga dall'indirizzo interpretativo che si staglia dalla casistica giurisprudenziale, allorché infatti, pur senza che se ne chiarisca l'esatto ruolo di limite alla causa di giusti-

(159) Cfr. Busnelli, voce *Illecito civile* cit., 10.

(160) Si rimanda, sul punto, all'insegnamento di Busnelli, voce *Illecito civile* cit., 10, ad avviso del quale, « il dolo, (...) ha anche un'area di possibile rilevanza esclusiva, in cui si collocano alcune categorie di fatti dannosi, che solo in quanto qualificati dal dolo possono dirsi illeciti » e vale ad « attribuire carattere di illiceità a un comportamento che, altrimenti, costituirebbe esercizio legittimo di un diritto soggettivo o di una libertà ».

(161) Su cui, v. per tutti Messinetti, *Il matrimonio putativo* cit., 454 s.

ficazione, è nell'intento doloso del congiunto/danneggiante che viene in ogni caso scorto un elemento imprescindibile ai fini dell'insorgere della obbligazione risarcitoria.

Così, ad esempio, comprovata la lesione di interessi di rango costituzionale legati allo sviluppo pieno ed armonico della personalità, non il semplice disinteresse nei confronti della prole, bensì una reiterata, ingiustificata violazione dei doveri genitoriali, unita alla consapevolezza circa il carattere lesivo di un simile comportamento, è stato ritenuto giustificare la condanna al risarcimento del danno a carico di un padre che avesse omesso di adempiere ai propri doveri educativi ed assistenziali nei confronti della figlia naturale (162). Ancora, accertata la lesione del diritto fondamentale al pieno esercizio del ruolo genitoriale, è stato l'atteggiamento di consapevole ostruzionismo, ed anzi di esplicito condizionamento emotivo a carico del figlio minore, tenuto dal genitore affidatario, a giustificare il diritto al risarcimento del danno in favore di quello non affidatario, cui fosse stato sostanzialmente precluso il pieno, libero esercizio del diritto di visita (163).

E può ricordarsi, infine, il ruolo centrale che la evidente consapevolezza, da parte dell'autore, circa la dannosità della propria reiterata condotta offensiva ed ingiuriosa nei confronti del coniuge ha avuto ai fini della emanazione della sentenza di condanna al risarcimento, nella nota pronunzia torinese ritenuta *leading case* in tema di c.d. *mobbing* familiare (164).

10. Giunti a questo punto della trattazione, non parrebbero invero potere residuare dubbi circa la rispondenza strutturale degli illeciti endofamiliari al paradigma generale della responsabilità civile; tanto più considerato che persino quello tra i tratti distintivi delle figure in esame — la imprescindibilità del dolo — che maggiormente lascerebbe intendere una corrispondente, necessaria curvatura settoriale della *machi-*

(162) Cfr. Trib. Venezia, 30-6-2004, *Fam. dir.*, 2005, 297 s., ed ivi il passaggio ove la corte rileva essere « intenso, per l'effetto, il dolo che connota la condotta del convenuto », 298.

(163) Cfr. Trib. Monza, 5-11-2004, *Danno e resp.*, 2005, 851 s.

(164) Cfr. App. Torino 21-2-2000, *Foro it.*, 2000, I, 1555 s.

nery aquiliana, trova a ben vedere riscontro nello statuto ordinario di questa, e collocazione nella regola di apertura della sua disciplina.

Nella medesima direzione deve anzi aggiungersi che la aderenza, senza deroghe, dei torti occasionati da violazione di regole proprie dei rapporti di famiglia, alla tutela extracontrattuale come disegnata dagli artt. 2043 e ss., appare quasi il naturale complemento di una appartenenza degli uni all'altra che già si coglie in punto di danno risarcibile. Non solo perché a reclamare ristoro saranno interessi che normalmente, laddove lesi, attivano la tecnica *in tort* (i.e. diritti inviolabili della persona), anziché beni autonomamente individuati e protetti dalle norme del diritto di famiglia; ma soprattutto in quanto le condizioni di scrutinio del danno lamentato, saranno le medesime già valevoli in generale alla stregua degli artt. 2043 e 2059 c.c.

Se ciò è vero, e se quindi la responsabilità civile non deve conoscere specifici adattamenti allorché chiamata ad operare, alle condizioni chiarite in precedenza, in relazione a rapporti familiari, deve però allora dirsi che quante volte si delineino nuovi indirizzi interpretativi in ordine al paradigma generale, questi automaticamente dovranno intendersi estesi anche a quella sua *species* in cui si risolvono gli illeciti intrafamiliari.

Il che si verifica in effetti in relazione al « requisito » di gravità della lesione, oggi richiesto dalle Sezioni Unite in relazione allo scrutinio di risarcibilità del danno non patrimoniale: proprio per esso, anche le ipotesi di torto legate alla violazione di regole comportamentali giusfamiliari, partecipano del diverso assetto che, sul piano strutturale come su quello funzionale, l'istituto aquiliano sembra assumere.

Riferito com'è alle sole *non pecuniary losses*, il parametro della serietà del pregiudizio riportato dalla vittima finisce in verità col generare per lo meno una vistosa tensione a carico dell'articolo 2043 c.c. quale unica norma di fattispecie in tema di responsabilità civile, e col porre l'interprete dinanzi ad un nodo interpretativo fin qui inedito. O, per lo meno, inedito nei termini generali nei quali si presenta oggi, considerato che, a ben vedere, giusto gli illeciti endofamiliari hanno costituito il terreno di emersione o, se si preferisce, quello di sperimentazione *ante litteram* della « gravità » della lesione quale ulteriore

componente dello scrutinio di ingiustizia a maglie strette, cui mette capo l'articolo 2059 c.c.

Basta fare riferimento ancora una volta alla pronunzia n. 9801 del 2005, con cui il S.C., nel dettare le linee guida sulla risarcibilità del danno causato da condotte già integranti violazione dei doveri prescritti all'interno della famiglia, ha espressamente escluso i comportamenti di « *minima efficacia lesiva* » reputandoli infatti suscettibili di trovare composizione all'interno della famiglia « *in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza* » (165).

Le recenti sentenze delle Sezioni Unite (166) avrebbero, così, da questo punto di vista, operato semplicemente una estensione di tale criterio interpretativo, chiarendo essere la gravità dell'offesa « *requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali* »; ed aggiungendo poi che « *il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio* » (167).

Ad un più attento esame ci si avvede però di come non di mera generalizzazione dell'impostazione già affacciata possa parlarsi, avendone, le Sezioni Unite, anche (corretto) calibrato i termini. Mentre, infatti, nella pronunzia riguardante il danno patito da un coniuge in dipendenza della omessa comunicazione, da parte dell'altro, circa il proprio stato di *impotentia coeundi*, la Corte di legittimità aveva indirettamente offerto il destro a letture del congegno aquiliano ancora una volta improntate al « segno » della condotta tenuta dal danneggiante, così in definitiva da riferire a questa, piuttosto che al danno, il requisito ulteriore (ed inedito) della *gravità* (168); il recente intervento nomofilattico sulla interpretazione dell'art. 2059 c.c. è

(165) Cfr. Cass. 10-5-2005 n. 9801 cit.

(166) Ci si riferisce ancora una volta a Cass. s.u., 11-11-2008 nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 cit.

(167) I passaggi in corsivo, riportati nel testo, sono specificamente tratti da Cass. s.u., 11-11-2008 n. 26972 cit., par. 3.11.

(168) Afferma infatti la Corte di Cassazione, nella pronunzia n. 9801 del 2005 cit., come a venire in rilievo possano essere unicamente « *quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona* ».

valso, fra l'altro, a precisare come sia proprio la *misura del danno*, arrecato a diritti inviolabili, a renderne risarcibile la lesione (169).

Ciò ha evitato una riscrittura dello statuto del danno patrimoniale palesemente in contrasto con un caposaldo dell'intero modello aquiliano, costituito dalla identificazione del baricentro della fattispecie astratta di riferimento, dettata dall'art. 2043 c.c., unicamente con il danno (giuridicizzato), e non anche con la condotta.

Non può però non rilevarsi, a tale riguardo, come, pur scongiurato un traumatico « scardinamento » della fisionomia tipologica della tutela aquiliana (170), la medesima accusi oggi l'insorgenza, al suo interno, di una vistosa aporia, legata proprio all'affermarsi del principio per cui il danno non patrimoniale, e solo quello, in tanto sia risarcibile, in quanto consista nella lesione *grave* di diritti inviolabili della persona (171).

Se la maggiore selettività del filtro di ingiustizia che si staglia sul terreno non patrimoniale — laddove è richiesta non la semplice menomazione di interessi già selezionati e protetti da altra norma dell'ordinamento, bensì la lesione di diritti inviolabili della persona, dotati di copertura costituzionale — può ancora ricondursi, a mò di sua specificazione, all'alveo della *ingiustizia*, evocata dall'articolo 2043 c.c., e per questa via dirsi in definitiva coerente con lo schema di fattispecie ivi tracciato; una tale *reductio ad unitatem* mostra la corda allorché si affermi la lesione del diritto inviolabile non bastare in sé ma dovere anche essere grave. In tal modo si fuoriesce infatti dal binario delle interpretazioni possibili, estensive o sistematiche

(169) Incorrono, ci pare, nell'equivoco di leggere anche le parole delle Sezioni Unite in senso del tutto convergente con quanto affermato da Cass. n. 9801 del 2005, G. Facci, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle Sezioni unite dell'11 novembre 2008*, Fam. dir., 2008, 125 s., spec. 131; nonché A. Scotti, *Le Sezioni unite e il danno esistenziale: spunti per una riflessione sulla sistematica giurisprudenziale del danno non patrimoniale*, Riv. dir. comm., 2009, 72 s., spec. 91.

(170) Si rinvia, per tutti, ancora una volta ad A. di Majo, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, Riv. dir. civ., 2005.

(171) Vedi, in tale direzione, le osservazioni critiche di Pardolesi e Simone, *Danno esistenziale (e sistema fragile)* cit., 132.

che dir si voglia, da dare alla locuzione “danno ingiusto”, abbinata all'inciso dei « *casi determinati dalla legge* » di cui all'art. 2059 c.c., e si evoca piuttosto un ulteriore elemento della fattispecie, che a ben vedere neppure allo scrutinio della ingiustizia attiene, bensì alla stessa risarcibilità del danno.

A stemperare la criticità che, per questa via, si profila, potrebbe invero indicarsi nella intensità dell'offesa un presupposto generale di risarcibilità del danno *ex lege aquilia* — valevole cioè quale che ne sia la natura (172) — tanto più che un implicito avallo in tal senso si trae dall'art. VI 6.102 del *Draft Common Frame of Reference: Trivial damage is to be disregarded*.

Così opinando, in effetti, la minaccia alla tenuta della regola di fattispecie di certo ne uscirebbe ridimensionata, poiché non ne verrebbe più messa in discussione la portata unitaria, la capacità cioè di tenere insieme entrambe le tipologie di lesioni risarcibili, bensì la semplice consistenza quantitativa, nel senso che la si dovrebbe intendere come integrata da un elemento *virtuale*, costituito appunto dalla gravità della offesa arrecata, e leggere allora nei termini seguenti: « qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto *grave*, obbliga (...) ».

A rendere questa strada non percorribile sono tuttavia ostacoli difficilmente aggirabili.

Innanzitutto v'è la nettezza della scelta selettiva operata dalle Sezioni Unite, che solo al danno non patrimoniale riferiscono l'elemento della *gravità*, in una con la riaffermazione del suo carattere di danno conseguenza, anziché di danno evento automaticamente risarcibile, come aveva invece finito col divenire nella prassi giurisprudenziale (173). Il riscontro della gravità viene, in definitiva, candidato a fungere da perno di una

(172) Cfr. Castronovo, *Danno esistenziale* cit., 8. Nel senso invece di una semplice restrizione di tale opzione ermeneutica al novero dei possibili approdi futuri della traiettoria evolutiva della responsabilità civile v. Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale* cit., 22.

(173) Cfr., per tutti, Salvi, *La responsabilità civile* cit., 281, il quale, proprio alla stregua della prassi giurisprudenziale prevalente, parla del danno non patrimoniale come di un danno attecnicamente *in re ipsa*.

verifica personalizzata del danno, una volta fatta piazza pulita di automatismi di sorta nel suo ristoro (174).

In secondo luogo, non può poi ignorarsi il rischio di una eccessiva rarefazione, quando non già di un diradamento, delle tutele, che si accompagnerebbe all'arretramento anche della risarcibilità del danno patrimoniale al di là della soglia costituita dalla serietà del pregiudizio. Del resto, la fisicità delle *pecuniary losses* assicura che con la verifica del loro carattere ingiusto, si abbia anche una più agevole ponderazione della loro entità; quanto dire di un ridursi al minimo, o forse perfino dello scomparire del tutto, dei pericoli di abuso nell'attivazione della tutela *in tort*, che ricorrono invece in relazione alla variante non patrimoniale ed in funzione dei quali, infatti, unicamente per quella si giustifica il perno della gravità.

Alla stregua di queste considerazioni, dunque, il nuovo corso interpretativo oggi abbracciato dalle Sezioni Unite, ma in certa misura già inaugurato dalla pronuncia del 2005 in tema di illeciti intrafamiliari, risulta certo condivisibile nel metodo (scelta selettiva) come nel merito (esclusione di riparabilità per i pregiudizi minimi) (175); i problemi, o meglio le aporie, che esso pone si apprezzano semmai sul diverso piano della intelaiatura complessiva dell'istituto aquiliano, ove infatti si viene a registrare una tensione interna, che si manifesta precisamente nelle forme di una fuga in avanti del danno non patrimoniale sotto il profilo della fattispecie di riferimento e dei suoi elementi costitutivi.

Ma non è tutto.

11. Descrivere una difficoltà di tenuta della regola unitaria di fattispecie, legata al delinearsi, *iure praetorio*, di un suo allotropo per il solo danno non patrimoniale, che ad essa in tutto sia sovrapponibile fuorché per una più stringente accezione del predicato di ingiustizia e, soprattutto, per la presenza di un ulteriore componente selettivo, che valga a « pesare » l'offesa occorsa restringendo solo a quella che si riveli grave

(174) Cfr. G. Ponzanelli, *Sezioni unite: il « nuovo statuto » del danno non patrimoniale*, Foro it., 2009, I, 134 s., spec. 138.

(175) Contra v., però, tra gli altri, Ponzanelli, *Sezioni Unite cit.*, 137.

l'accesso alla tutela risarcitoria, fatalmente riapre, e da più fronti, anche una riflessione intorno alla funzione della responsabilità civile.

A misura che, per le ragioni e nei termini esposti, il danno non patrimoniale virtualmente si allontana dallo schema di fattispecie delineato dall'articolo 2043 c.c., si allentano anche le implicazioni funzionalistiche che la dipendenza statutaria dell'uno dall'altra fin qui corroborava sotto il profilo formale.

Se è vero, infatti, che l'approdo delle *non pecuniary losses* alla tecnica aquiliana ha importato la loro depurazione dalle originarie contaminazioni penalistiche, è vero del pari che ciò tanto più agevolmente ha potuto accompagnarsi all'idea di una adesione tendenzialmente piena alla logica compensativa che sorregge il rimedio, quanto più anche il giudizio sulla risarcibilità di quelle voci di danno fosse da filtrare attraverso le maglie dell'articolo 2043 c.c., ove in effetti si fa unicamente parola di « risarcimento » (176): lo testimonia, a tacer d'altro, l'insegnamento classico secondo cui, allorché equiparato al danno patrimoniale, da sempre apprezzabile in danaro e perciò risarcibile, anche quello non patrimoniale tale diviene (177).

Una volta però che lo scrutinio sulla risarcibilità della lesione non patrimoniale si affidi non già direttamente alla fattispecie positivamente disegnata, bensì, per così dire, ad una sua variante pretoria, e che, soprattutto, all'interno di questa, venga a dipendere da una generalizzato riscontro di gravità della offesa patita dal danneggiato, ecco che l'ancoraggio alla sola logica della riparazione si fa meno saldo, e, proporzionalmente, più visibili si mostrano i segnali di una più articolata dimensione funzionale, entro cui possono trovare spazio anche tratti sanzionatori.

Già con riferimento all'indirizzo interpretativo tradizionale in tema di danno non patrimoniale, del resto, l'appaiamento (leggi: appiattimento) della formula dei « casi determi-

(176) In questi termini l'analisi di C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in questa *Rivista*, 2008, 315 s., spec. 341 s.; nonché Id., *Sentieri di responsabilità civile europea*, ivi, 2008, 787 s., spec. 805 s.

(177) In questi termini ancora Castronovo, *Sentieri cit.*

nati dalla legge » al ricorrere di estremi di reato aveva indotto ad intravedere, seppur limitatamente a tali ipotesi, l'affiancarsi di venature punitive alla tensione compensativa del risarcimento; e ciò, tanto più considerato che la condotta, siccome penalmente rilevante, avrebbe sostanzialmente evidenziato il sussistere di uno stato doloso nel suo autore, e che, per altro verso, la stessa formula limitativa di cui all'articolo 2059 c.c. si sarebbe fatta carico di circoscrivere tale più ricca tensione teleologica alle sole violazioni particolarmente gravi, analogamente a quanto, in seno al BGB, veniva già realizzato dal § 847, oggi abrogato, seppure in parte trasfuso in seno al § 253 (178).

Da altra angolazione, poi, e con ricadute sì convergenti ma persino più penetranti rispetto a quelle desunte da un certo modo di intendere il danno morale soggettivo, la equiparazione tra danno patrimoniale e non entro una prospettiva squisitamente riparatoria è stata sottoposta a serrata critica ad opera di quanti, in dottrina, hanno rimarcato l'irrifiribilità della regola di equivalenza tra danno cagionato e danno risarcito anche alle non *pecuniary losses* (179). Obiezione che in effetti mostra di non aver perso pregio a fronte della notevole espansione di cui la categoria del danno non patrimoniale è stata via via protagonista, a patto però che vi si stralci, per lo meno limitatamente alla chiave di lettura in esame, la figura del danno biologico, protagonista di un processo di tipizzazione legislativa e, soprattutto, di una oggettivazione dei criteri di accertamento e stima che ne rinsalda in effetti la contiguità

(178) Vedi, per tutti, A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*³, vol. 3, (Milano 2001), 171; nonché Busnelli Patti, *Danno e responsabilità civile* cit. 242 s.; S. Patti, voce *Pena Privata*, Dig. disc. priv. Sez. Civ. (Torino 1995), passim.

354. In parte diversa, com'è noto, la posizione espressa da G. Bonilini, *Pena privata e danno non patrimoniale*, Le pene private, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, (Milano 1985), 307, ma già diffusamente Id., *Il danno non patrimoniale* (Milano 1983), secondo il quale la figura del danno morale soggettivo avrebbe incarnato una forma di pena privata nel nostro ordinamento.

(179) Cfr. C. Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni* (Napoli 1985), 93; sul punto conviene anche Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. cit.*, 611.

funzionale con il danno patrimoniale e con la logica (solo riparatoria) che ispira il suo risarcimento (180).

A questa stregua, il risarcimento del danno non patrimoniale, o meglio di quel danno non patrimoniale che sia insuscettibile di monetizzazione su basi certe, non solo mette normalmente capo ad un arricchimento in senso economico del danneggiato, ed esprime pertanto una caratteristica tensione satisfattiva anziché compensativa (181); ma può anche assumere sfumature sanzionatorie, per lo meno quante volte venga a dipendere, nell'*an*, dalla gravità della aggressione occorsa al bene tutelato. In siffatta cornice, peraltro, ed in essa soltanto, v'è spazio — *aliunde* acclarato il profilo della ingiustizia — per un recupero di significato della condotta dell'agente e per un giudizio di riprovevolezza nei suoi confronti, riflesso nella misura stessa del risarcimento (182).

Ebbene, riletta alla luce di questi dati, la estensione al danno non patrimoniale *tout court* del requisito di gravità della lesione, difficilmente potrà dirsi vicenda "neutra" sul fronte della funzione della responsabilità, poiché anzi sembra quasi suggellare una generalizzazione delle osservazioni critiche cui si è appena fatto cenno ben al di là della sola figura — pure oggi derubricata ad una valenza meramente descrittiva — del danno morale soggettivo (183).

Vero è in effetti, come le Sezioni Unite hanno avuto cura di precisare, che proprio con specifico riguardo al pregiudizio non patrimoniale da reato (leggi: danno morale soggettivo), l'elemento della intensità non presiede tanto all'*an* del risarci-

(180) Cfr. gli artt. 138 e 139 del cod. delle assicurazioni nonché l'art 13 del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38. Sui caratteri di oggettivazione dell'accertamento e della stima del danno biologico cfr. Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2043 e 2059 c.c. cit.*, 614; nonché F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in questa *Rivista*, 2009, 909 s.

(181) Cfr. ancora Salvi, *Il danno extracontrattuale* cit., 95 nonché 126 s.

(182) Vedi ancora Salvi, *Il danno extracontrattuale* cit., sebbene con particolare riguardo alla riprovevolezza del comportamento dell'agente.

(183) Si vedano, in tal senso, gli spunti già offerti da Ponzanelli, *Le voci di danno non patrimoniale: problemi e prospettive*, *Danno e Resp.*, 2004, 5 s., spec. 10, in relazione allo scenario determinato dalle c.d. pronunzie gemelle del 2003 (Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 ed 8828).

mento — garantito dal ricorrere di una espressa previsione di legge — bensì solo al suo *quantum* (184); e vero è, del pari, alla stregua di quanto già anticipato, che le voci di danno non patrimoniale riconducibili sotto le insegne del danno biologico si mostrano altrimenti immuni a riflessi di sorta, specie di tipo funzionalistico, della generalizzazione del requisito di intensità dell'offesa, affidate come sono oggi a parametri certi di stima e quindi esclusivamente permeate dalla medesima funzione compensativa che ispira il danno patrimoniale (185).

Ciò non toglie comunque, con specifico riguardo alla « categoria descrittiva » del danno morale soggettivo, che se già la prossimità alla fattispecie di rilevanza penale dà conto, e sotto molteplici aspetti, di una componente sanzionatoria della *tort liability*, che integra quella satisfattiva, tale tensione punitiva prende più concretamente forma in dipendenza della incidenza diretta che, adesso a maggior titolo, la gravità della lesione viene ad operare sul fronte della quantificazione del risarcimento stesso (186).

In ordine, poi, alle lesioni di diritti inviolabili della persona, verificatesi a prescindere dalla sussistenza degli estremi del reato, il requisito di gravità della lesione, nel mentre filtra il risarcibile da quel che non lo è, vale anche ad evidenziare l'entità della compromissione, intervenuta a carico di un bene tra quelli che l'ordinamento tutela al massimo grado; ed è in ragione di ciò, allora, che la indiscutibile preminenza anche qui da assegnare ad una funzione satisfattiva della responsabilità (187), non esclude che vi si possa affiancare anche una sua componente sanzionatoria, che incarni una risposta (adeguata) dell'ordinamento alla intensità del pregiudizio occorso e che, parallelamente, riproduca quell'effetto di prevenzione

(184) Cfr. Cass. s.u., 11 novembre 2008, n. 26972 cit., par 2.10.

(185) Cfr. per tutti, Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale* cit., 108.

(186) Vedi per tutti ancora Busnelli, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale* cit., 110-111; nonché E.A. Emiliozzi, *Il danno alla persona* (Napoli 2008), 111 s.

(187) Cfr. ancora Busnelli, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale* cit., 109-110; nonché E. Navarretta, *Funzioni del risarcimento e quantificazione del danno non patrimoniale*, Resp. civ. e prev., 2008, 504.

che normalmente si accompagna alla repressione penalistica propriamente detta (188).

Resta naturalmente inteso, come già avemmo modo di osservare in altra sede (189), che nell'uno come nell'altro caso divenga cruciale il ruolo del giudice, chiamato infatti ad un apprezzamento assai rigoroso del materiale probatorio ed, ancor più, quante volte si riveli necessaria una sua valutazione equitativa *ex art.* 1226 c.c., ad un attento bilanciamento delle due identità funzionali, satisfattiva e sanzionatoria, qui interpretate dal risarcimento, onde scongiurare il rischio che la seconda soverchi la prima, e che con ciò si consumi anche una distorsione eversiva del rimedio aquiliano, che non solo infatti passerebbe il segno dei confini con la tutela penale, ma di questa eluderebbe i contrappesi garantistici (190).

È dunque in questi termini ed a queste condizioni che, per lo meno nei limiti consentiti dall'economia di questo lavoro, ci pare possano intravedersi segnali di una possibile tensione sanzionatoria alla base della *machinery* aquiliana, laddove riferita a danni non patrimoniali; ed è per tale via, quindi, che siffatta più ricca dimensione teleologica della responsabilità extracontrattuale può peraltro riferirsi anche ai c.d. illeciti intrafamiliari, che in quel genere di danno si risolvono e che al suo statuto risarcitorio sono allineati.

(188) Vedi, in tal senso, già le indicazioni di Ponzanelli, *Le tre voci di danno non patrimoniale* cit., 10 il quale, in relazione alla violazione di diritti della persona, ritiene possa profilarsi, attraverso la responsabilità civile, un meccanismo punitivo per la gravità dell'offesa arrecata. In senso analogo, *Sezioni unite: il nuovo statuto* cit., 138. Di « deterrenza nostrana » che assume veste funzionale sotto forma di scopo di prevenzione parla Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi* cit., 917 s. In termini finanche più generali, ossia ascrivendo alla responsabilità civile *tout court* una « funzione preventiva e dissuasiva, e come tale sociale » v. Scalisi, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in questa *Rivista*, 2007, 239 s., spec. 250.

(189) Ci sia permesso rinviare ancora una volta al nostro, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza* cit., 288-289.

(190) Sul punto insiste particolarmente Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile* cit., 933, anche con riferimento ai timori già emersi nella letteratura francese; nella medesima direzione, poi, vedi anche le osservazioni di G. Grisi, *Il danno (di tipo) esistenziale la nomofilachia creativa alle Sezioni unite*, in questa *Rivista*, 2009, 430.

Anche qui, però, al pari di quanto verificato in merito agli elementi di fattispecie (gravità dell'offesa), deve rilevarsi come gli illeciti endofamiliari mostrino, a ben vedere, di aver sperimentato già *ante litteram* connotati in seguito assurti alla fisionomia generale del rimedio *in tort*, per lo meno in ordine a lesioni *non pecuniary*.

Scontato, a tal proposito, il riferimento all'articolo 129-bis c.c. ed alla « indennità » ivi disposta a favore del coniuge in buona fede. Della natura complessa, o per meglio dire potenzialmente mista (sanzionatorio-satisfattiva) del congegno risarcitorio cui la disposizione mette capo si è già detto in precedenza sicché è qui sufficiente riportarsi alle osservazioni svolte (191).

Altrettanto può poi osservarsi, seppure non senza ulteriori puntualizzazioni, in merito all'articolo 709-ter c.p.c., introdotto con la legge 8 febbraio 2006, n. 54 e recante norme in tema di separazione dei genitori ed affidamento condiviso della prole, il cui comma II prevede infatti che « *in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento* » congiunto, il giudice possa, fra l'altro, disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori « *nei confronti del minore* » (art. 709-ter, comma 2, n. 2 c.p.c.), ovvero « *nei confronti dell'altro* » (art. 709-ter, comma 2, n. 3, c.p.c.) (192).

Tale disposizione, letta in verità nel suo insieme, ivi compresi dunque i nn. 1 e 4 del suo comma 2, ha indotto parte della giurisprudenza di merito e della dottrina a frettolose in-

(191) Vedi *supra* par. 3.

(192) In parte diversa è l'opinione recentemente espressa da S. Mazamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità di carattere processuale*, in questa *Rivista*, 2009, 947, secondo cui, dovendosi escludere ogni connotazione riparatoria nei congegni di coazione indiretta, sarebbe opportuno, con riguardo all'art. 709-ter c.p.c., distinguere le ipotesi di cui ai nn. 2 e 3 del comma 2, in cui centrale appare l'elemento del danno e conseguentemente indiscutibile deve dirsi la natura (esclusivamente) risarcitoria delle misure previste; dai nn. 1 e 4 del medesimo comma secondo della disposizione, i quali propriamente introdurrebbero mezzi di coazione indiretta, seppure eterogenei tra loro.

terpretazioni all'insegna del paradigma dei c.d. danni punitivi (193); senonché, nel ribadire le ragioni insuperabili che si oppongono alla introduzione di simili figure nel nostro ordinamento (194), va aggiunto che nulla legittima, all'interno della norma citata, un riferimento allo schema dei *punitive damages* (195), e che anzi più di un elemento milita in direzione di ben altro approdo esegetico.

Condivisibile è infatti un rimando al modello transalpino delle *astreintes* in relazione alle misure dettate ai nn. 1 e 4, comma 2, dell'art. 709-ter, codice civile di rito, (rispettivamente ammonizione e condanna al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria), allorché in effetti si intende piuttosto condizionare (correggere) il comportamento futuro del genitore che abbia già tenuto condotte di inadempimento degli obblighi legati all'affido, ma non anche produttive di danno; non altrettanto pertinente pare tuttavia essere quel medesimo termine di riferimento interpretativo in relazione ai nn. 2 e 3 della medesima norma, ove si fa propriamente parola di risarcimento (196). Valga in tal senso l'insegnamento che

(193) Cfr. Trib. Vallo della Lucania, 7-3-2007, consultabile su www.personaedanno.it; Trib. Messina 5-4-2007, Fam. dir., 2008, 60 s.; Trib. Palermo 2-11-2007, Resp. civ., 2008, 89. In dottrina cfr. G. Cassano, *In tema di danni endofamiliari: la portata dell'art. 709-ter, comma 2, c.p.c. ed i danni prettamente patrimoniali fra congiunti*, Dir. fam. e pers., 2008, 501; E. La Rosa, *Il nuovo apparato rimediale introdotto dall'art. 709-ter c.p.c. I danni punitivi approdano in famiglia?*, Fam. dir., 2008, 64 s. Si vedano, però, in proposito, le osservazioni critiche di Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito cit.*; Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione cit.*, 951 nonché G. Spoto, *Dalla responsabilità civile alle misure coercitive indirette per adempiere gli obblighi familiari*, Dir. fam. e pers., 2009.

(194) Cfr. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano cit.*, 315 s.; ci permettiamo ancora una volta di rinviare al nostro *Contratti a valle, rimedi civili cit.*, 281 s.

(195) Vedi ancora Spoto, *Dalla responsabilità civile cit.*

(196) Così, invece, Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità cit.*, 952, il quale, richiamando uno spunto ricostruttivo di C.M. Bianca, *La nuova disciplina in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso: prime riflessioni*, Dir. fam. pers., 2006, 676 s., parla di possibile analogia con l'istituto francese dell'*astreinte*. Si avvede in effetti delle difficoltà di una lettura delle misure di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 709-ter, comma II, c.p.c., all'insegna del paradigma della coazione indiretta Spoto,

esclude ogni possibile contaminazione riparatoria nei congegni deputati alla coazione indiretta (197).

Come già chiarito in precedenza, se il risarcimento presuppone indefettibilmente il danno, è però la natura di questo ad imprimere il segno funzionale al risarcimento stesso; ebbene, per poco che la cornice di riferimento — affidamento condiviso di figli minori — renda chiara, nelle ipotesi che ci occupano, la natura non patrimoniale delle lesioni che si possono verificare, a carico dell'altro genitore o della prole, in dipendenza di condotte contrarie agli obblighi inerenti l'affido, ci pare vi siano allora tutti gli estremi per scorgere qui una misura risarcitoria con valenza precipuamente satisfattiva, la quale peraltro, considerato il contesto entro cui si colloca, e ad instar dell'art. 2059 c.c., potrebbe anche assumere venature sanzionatorie (198).

Ancora una volta, dunque, i c.d. torti intrafamiliari, in tal caso peraltro sotto le mentite spoglie di congegni rimediali « propri » del diritto di famiglia, mostrano di essere stati il punto di emersione, per quanto lontano, per tradizione e topografia, dai territori della responsabilità civile, di un processo carsico che ha interessato proprio questa ultima, all'insegna di una accentuazione dei tratti di autonomia, e strutturale e funzionale, del suo polo del danno non patrimoniale.

Guardando a tale processo attraverso le griglie dogmatiche e normative del sistema di diritto interno, si tende certo a dare preminenza agli aspetti di criticità che esso presenta, specie nell'ottica, come si è detto, di tenuta dell'assetto tipologico

Della responsabilità civile cit., il quale denuncia l'errore nel quale sarebbe incorso il legislatore nell'inserire in un'unica norma, provvedimenti aventi natura e funzioni diverse.

(197) Cfr. per tutti Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. cit.*, 973 s.

(198) Vedi in tal senso Busnelli, *Deterrenza, Responsabilità civile cit.* 937, il quale sottolinea la possibile funzionalità delle misure risarcitorie di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 709-ter c.p.c. ad una più generale prospettiva di deterrenza generale. Cfr. altresì A. D'Angelo, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sul nuovo art. 709-ter c.p.c.*, *Famiglia*, 2006, 1048. In giurisprudenza v. Trib. Padova, 3-10-2008, *Fam. e dir.*, 2009, 609 s., con nota di A. Farolfi, *L'art. 709-ter c.p.c.: sanzione civile con finalità preventiva o punitiva?*, ove si fa parola di risarcimento « sanzionatorio ».

consolidato dell'istituto aquiliano. Valutazioni di segno diverso si impongono tuttavia una volta che si allarghi l'orizzonte di riferimento e ci si rapporti al panorama europeo.

Il requisito della gravità della lesione trova chiaro riscontro in seno ai PETL, il cui articolo 10.301, dedicato al *Non pecuniary damage*, lega, al comma 2, la valutazione del danno all'apprezzamento di tutte le circostanze del caso « *including the gravity, duration and consequences of the grievance* »; ed aggiunge anzi subito dopo che pure la colpa del danneggiante può essere presa in considerazione, seppure « *only where it significantly contributes to the grievance of the victim* ». D'altra parte, con riferimento al *Draft Common Frame of Reference*, per quanto di quello stesso requisito non sia dia traccia diretta, gli è che la nozione di *legally relevant damage* non prende corpo solo in relazione alle diverse fattispecie tipizzate di lesione, bensì anche in funzione di un complesso di ulteriori dati, tra i quali, a mente dell'art. 2.101, n. 3), spiccano, oltre al fondamento dell'imputazione, anche « *the nature and proximity of the damage* ».

Il percorso verso un *European tort law* mostra così di procedere nel segno di un modello da edificare intorno ad una *basic rule*, ove il danno non sia più automaticamente risarcibile siccome ingiusto, ma tale divenga *anche* in funzione di ulteriori elementi, che facciano apparire opportuno l'accesso al rimedio (199).

Parallelamente, però, se ciò sottende anche una crescente esaltazione della valenza rimediale della responsabilità civile (200), quale strumento elastico che soddisfi istanze di tutela in continua evoluzione, non è forse azzardato pronosticare, sempre nella prospettiva di un diritto comune dei *Torts*, una

(199) Vedi, in al senso, le suggestive indicazioni di A. di Majo, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, in questa *Rivista*, 2006, 19 s., spec. 29 s.

(200) Cfr. A. di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in questa *Rivista*, 2008, 289 s., spec. 299 s. Il riferimento al rimedio, evocato nel testo, va peraltro inteso nel senso di dispositivo tecnico a stretto ridosso del bisogno di tutela, secondo la accezione propostane da S. Mazzamuto, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in questa *Rivista*, 2007, 585 s., spec. 588.

più agevole emersione di sue funzioni allo stato ancora percepite quasi come eterodosse, tra le quali spicca indubbiamente quella sanzionatoria — con relative ricadute in termini di deterrenza — per lo meno quante volte il rimedio sia posto a presidio della persona e dei diritti inviolabili che le ineriscano.

Una timida indicazione in tal senso proviene ancora una volta dai PETL, il cui art. 10.101, seppure senza esclusivo riguardo al danno non patrimoniale, afferma che « *Damages also serve the aim of preventing harm* » (201). Ben più decisi ed incoraggianti segnali possono trarsi, tuttavia, dal panorama continentale, specie tedesco e francese; e ciò non solo con riguardo alle novità normative già introdotte o allo studio — si prenda, nell'un caso, il § 253 BGB e, nell'altro, l'art. 1371 dell'*Avant Project Catala* — bensì soprattutto in relazione alla sensibilità nuova che prende corpo in letteratura (202).

Lungo queste coordinate di struttura e funzione, la responsabilità civile, nel mentre rinsalda la sua dislocazione a stretto ridosso della persona, quale tecnica non più residuale di sua tutela, prende anche corpo in una dimensione comune europea.

Ma è allora altresì sufficiente guardare a premesse e modalità di un tale processo, ancora *in fieri*, per trarre conferma di quanto meglio conducente si riveli in definitiva un percorso di armonizzazione che, oltre a rifuggire da tentazioni settorializzanti, pure in passato predilette (si pensi al caso della responsabilità da prodotto difettoso ovvero ancora a quello delle *antitrust damages actions* (203)) ma per loro stessa vocazione

(201) Va però detto che lo spunto riportato nel testo rimane praticamente a mezz'aria nel corpo degli stessi *Principles*, in quanto né ripreso né tantomeno ulteriormente chiarito e sviluppato da ulteriori disposizioni: v., in tale direzione, le osservazioni di Magnus, Art. 10.101, *Nature and Purpose of Damages, Principles of European Tort law. Text and Commentary* (Wien - New York 2005), 150. Vedi ulteriori rilievi critici in R. Van Den Bergh - L. Visscher, *The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization?*, Eur. Rev. of Private Law, 2006, 511 s., spec. 521 s.

(202) Vedi ampiamente Busnelli, *Deterrenza cit.*, 925.

(203) Cfr. F. Marcos e A. Sánchez Graells, *Towards a European Tort Law? Damages Actions for breach of European antitrust rules: harmonizing Tort Law through the back door?*, Eur. Rev. of Private Law, 2008, 469 s.

antitetiche ad una logica di sistema, soprattutto si strutturi « dal basso », ossia a partire dalle principali esperienze nazionali e dalla valorizzazione delle loro comuni matrici. Tale è del resto l'indicazione programmatica già rinvenibile nell'art. 288 del Trattato istitutivo della Comunità europea (204), ove si fa parola di *Principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*; e tale è, al contempo, l'unico possibile antidoto a che il diritto europeo della responsabilità civile prenda forma, come invece già altri ambiti del diritto privato comune, secondo gli stilemi di un *droit barbare* (205).

Nulla di buono ne verrebbe al costruendo "sistema" e nulla di buono al giurista chiamato ad operarvi, quest'ultimo anzi sempre più pericolosamente esposto al rischio di assuefarsi ad un diritto che nel sovrabbondante tecnicismo specialistico smarrisca e/o tradisca quell'ancoraggio (evolutivo) ai principi fondamentali che solo una strutturazione per regole, ordinate sistematicamente, gli garantisce.

ABSTRACT

Illicit behaviours within the family and the civil liability system in the perspective of European Tort Law

The difficult genesis of European Tort Law pushes the Author to investigate whether the traditional damages reimbursement system is compatible with the legal discipline of family relations. Once described the two main doctrinal thesis who dominate the landscape — one favorable to the applicability of the traditional reimbursement remedies of common civil law also to the family law sector; one prone to the applicability of contractual liability — the Author carries out a deep investigation with respect to the objections opposed to the applicability of the *ex delicto* liability to family relations. On the basis of the most recent joint-chambers judgments of the Italian Supreme Court of Cassation (*Corte Suprema di Cassazione*) the Authors finds a direct structural parallelism between illegal conducts

(204) Art. 340 della c.d. versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

(205) La nota espressione di Pascal Remy è stata ripresa da C. Castrovino, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in questa Rivista, 2008, 787 s., spec. 788.

within the family and the general paradigm of civil liability. In the perspective of a common law of Torts, the Author recalls the fundamental enforcement role of the *de damno* (or *Aquiliana*) liability once referred to non-patrimonial damages.

EUROPA E DIRITTO PRIVATO

Fasc. 1 - 2010

Enrico Camilleri

**ILLECITI ENDOFAMILIARI
E SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ
CIVILE NELLA PROSPETTIVA
DELL'*EUROPEAN TORT LAW***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore